

Los orígenes de la vía subrogatoria

1. PLANTEAMIENTOS INTRODUCTORIOS Y TERMINOLÓGICOS

Nomina numina. Una manera tradicional de designar las cosas ha venido denominando acción subrogatoria al poder que las leyes civiles reconocen a todo acreedor para incidir en la esfera patrimonial de su deudor al objeto de atender a la tutela de su crédito. Aunque la propia Ley nunca utilice de manera expresa semejante nominación, lo cierto es que su empleo tradicional e indiscriminado ha venido a producir una suerte de conformación dogmática (recuérdese la aguda observación de BIONDI sobre «la terminología romana como primera dogmática jurídica») que a estas alturas resulta muy difícil desmontar.

En efecto, los artículos 1.166 y 1.234 de los Códigos Civiles francés e italiano de 1865 se limitan a decir que «los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor». El artículo 1.111 del Código Civil español reseña que «los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste» (el deudor); y a tenor del artículo 2.900 del Código Civil italiano de 1942, «el acreedor puede ejercitar los derechos y acciones que correspondan frente a los terceros al propio deudor». Fórmulas todas que revelan tan sólo que el acreedor, ante determinada situación de peligro para su derecho, se halla jurídicamente legitimado para actuar de determinada manera respecto a los derechos (*lato sensu*) patrimoniales de su deudor. ¿Significa semejante legitimación la concesión al acreedor de una genuina acción que por su especial fisonomía y presencia convendría llamar acción subrogatoria? ¿El «pueden» legal conforma la existencia a favor de los acreedores de un genuino derecho de entraña sustantiva o prefigura tan solo la concesión a los mismos de una acción para atacar la inactividad dañina del deudor?

La interrogante no es baladí, pues según se conteste de una u otra manera, como tendremos ocasión de considerar con todo detalle más adelante, el instituto en estudio adquiere muy diferentes connotaciones, se ubica en uno u otro campo jurídico y resulta productor de consecuencias sensiblemente distintas. Llevadas las cosas al extremo, la contestación que se adelante puede

implicar la retención del mecanismo en la esfera del Derecho Civil o su traslación al ámbito del Derecho Procesal, negándole, tal como hace ALLARA, naturaleza sustantiva (1).

Claro que también cabe intentar conciliar los contrarios y colocar la figura en una especie de tierra de nadie en la que se movería con comodidad al no estar sometida a especiales exigencias dogmáticas y al aparecer presidida por la ambigüedad y la imprecisión. Así, por ejemplo, D'AVANZO considera que el tema de la subrogatoria se sitúa en los confines entre el Derecho sustantivo y el Derecho Procesal, pues aunque encuentra sus raíces en el campo de este último, se ha originado en el terreno del primero (2).

Se trata de un esfuerzo baldío que nada resuelve y genera complicaciones innecesarias. El intento de situar las figuras jurídicas, cuando se encuentra dificultad para su correcta ubicación, a caballo de campos normativos diferentes y aun contrapuestos, antes que solucionar el problema, suele conducir a situaciones insuperables al tener que conciliar notas y mecanismos normalmente incompatibles; por lo que aquí también resultará prudente acogerse al cautelar *tertium non datur*.

Lo cual no quiere decir que en el estudio del instituto deba prescindirse de sus aspectos procesales, sobre todo habida cuenta de que en la configuración actual del mismo en la doctrina y en la jurisprudencia se dan importantes elementos de naturaleza adjetiva, y que cualquiera que sea el enfoque o perspectiva con que se aborde aquél difícilmente cabrá prescindir de la importantísima contribución de CHIOVENDA a la figura de la sustitución procesal.

Pero una cosa es eso y otra, particularmente diferente, que al amparo de semejante dualidad de instrumentos a utilizar se intente introducir la especie de que estamos en presencia de un mecanismo que se sitúa y desliza por los intersticios existentes entre el Derecho material y el Derecho formal, porque de esa manera es casi seguro que no podríamos seguir su periplo ni entender adecuadamente su presentación y efectos.

El punto de partida, sin desconocer los distintos elementos en juego ni relegar los factores históricos acumulados, suele ser esencial a la hora de abordar el correcto tratamiento de un supuesto jurídico porque ello permite delimitar el campo de acción y el empleo cómodo de la «ayuda instrumental» que proporciona el conjunto de recursos que constituyen la base de aquél.

Situando claramente la actuación sustitutoria del acreedor en el ámbito del Derecho sustantivo como un camino dispuesto a su favor (sin mayores disquisiciones ni precisiones en este lugar) para el más adecuado ejercicio de la acreencia, la situación se puede clarificar sobremanera y el siempre difícil proceso de delimitar con nitidez los contornos y esencia de una determinada

(1) ALLARA, *Le nozioni fondamentali del Diritto Privato*, I, Turín, 1939, pág. 311.

(2) D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padua, 1939, págs. 2-3.

figura rebajar algún grado su complejidad. Porque una cosa es que el acreedor, llegado el caso y particularmente cuando no obtiene la prestación que supone el objeto de la relación obligatoria de la que es titular activo, pueda actuar de determinada manera respecto al patrimonio del deudor que no le satisface o concita legítimos temores, algo que, por imbricarse en el incuestionable ámbito de la eficacia de las obligaciones, difícilmente cabe desconocer su adscripción al campo del Derecho Civil, y otra que cuando semejante situación acontezca haya que acudir normalmente, como tantas veces ocurre a la hora de materializar el ejercicio de los derechos sustantivos, a la utilización de los conductos previstos en la esfera del Derecho Procesal, por lo que, como dice BARASSI, un instituto de puro Derecho Privado sustantivo queda sujeto a la tutela del Derecho correlativo (3).

Ello no supone hibridizar la figura, adscribirla a un nebuloso *tertium genus* o asignarle doble naturaleza, sino tan sólo reseñar el *tractus iuris* que la misma deberá recorrer y poner a jugar de manera adecuada las normas sustantivas y procesales, sin intromisiones ni extensiones improcedentes, ya que semejante actuación no será otra cosa en el punto que nos ocupa que atenerse, como resalta GIOIA, a los puntos de contacto entre el Derecho sustantivo y el Derecho Procesal (4).

Quizá buena parte de los problemas y contradicciones en que se debate la civilística contemporánea en el tema que nos ocupa se deba a haber olvidado algo elemental que emana *rerum natura* y constituye el entramado natural e inexcusable del campo de los derechos subjetivos, cual es que no sólo los créditos, sino cualesquiera otros derechos únicamente son tales en cuanto el ordenamiento jurídico provea de los medios adecuados para que el legítimo interés que entrañan quede adecuadamente contemplado y protegido, por más que tan «generalísimo principio» no lo sancione el legislador «con ninguna fórmula explícita y general».

Cierto que en numerosas ocasiones son los propios interesados, de manera particular en la esfera de los derechos de crédito, quienes solícitamente se ocupan de dotar a sus pretensiones de los medios específicos de defensa, garantía y aseguramiento, para lo cual disponen de una amplia planopia de recursos personales y reales; pero no menos cierto que la recta conformación del derecho de crédito, en cuanto pretensión jurídica orientada a obtener un determinado comportamiento del deudor cuya verificación incide de manera directa y mecánica en su patrimonio, exige la contemplación de una garantía genérica o protección institucional (5) que permita la consideración de aquél

(3) BARASSI, *Teoría generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, págs. 173 y sigs.

(4) GIOIA, *L'azione surrogatoria nel Diritto vigente*, Nápoles, 1955, pág. 4.

(5) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, págs. 97 y sigs.

de manera plena y acorde con su naturaleza y finalidad, porque no dejaría de ser anómala y *sui generis* una titularidad creditual que por no haber previsto los interesados mecanismos adecuados para su preservación y tutela viera arruinada o puesta en peligro su sustancia cuando el deudor no atienda con normalidad a la satisfacción de la misma.

Hace ya muchos años que el clásico magisterio de GIORGI advertía que todo el que goza de un derecho, goza necesariamente también de la facultad de tomar las medidas para conservarlo en su integridad y eficacia primitivas, pues de otro modo el derecho sería ilusorio; de ahí la facultad del acreedor de tomar medidas conservativas que sirvan para proteger el patrimonio del deudor, ya que todos los bienes de éste son la garantía de su crédito (6). Pero sin que ella suponga, tal como hemos señalado en otro lugar, considerar que los recursos subrogatorio y pauliano forman parte del contenido del crédito (según piensan, por ejemplo, PACCHIONI y Díez-PICAZO) ni quepa catalogarlos como simples facultades concernientes al acreedor, «porque son realmente poderes autónomos del crédito y exteriores a él que el ordenamiento brinda a su titular para la conservación de un objetivo económico que considera plausible» (7).

Todo ello nos patentiza que el recurso en consideración no cabe catalogarlo como «acción subrogatoria», tanto porque ante él no estamos en presencia de un estricto mecanismo de defensa o actuación procesal (la mejor prueba la tenemos en el hecho de que cabe su materialización en vía extrajudicial) como porque por su través no tiene lugar un cometido específico o un logro jurídico singularizado como corresponde al *nomen iuris* de cualquier acción, sino cualquier tipo de resultado que sirva para alcanzar la genérica finalidad tuteladora que la Ley asigna al instituto subrogatorio. El acreedor que se ampara en él no ejercita una acción típica ni consigue ningún resultado jurídico típico, sino tan sólo está poniendo en funcionamiento un poder genérico, por más que en cada caso se singularice en una actuación jurídica concreta, que a la manera de un manto protector se extiende y cobija a su derecho de crédito.

Lo incorrecto de la nominación «acción subrogatoria» llevó a muchos civilistas franceses (LABBÉ, LEBEL, PERIER, MISPOULET, BOSC, etc.) y a algunos italianos (BERTOLINI, NAPOLETANI) a evitar disquisiciones dogmáticas y nominar la figura acogiéndose a la escueta dicción legal de «ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor», que, aparentemente al menos, obvia la cuestión al designar la figura de manera descriptiva o dinámica y quedar cobijada, *ipso fado*, bajo la textualidad de la Ley: *utendo iuribus debitoris*.

(6) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 227.

(7) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pág. 98.

Sin embargo, probablemente en este enfoque, pese a su aparente simplicidad y ortodoxia, se cometa también error, porque una cosa es que el mecanismo actúe a través del ejercicio por parte del acreedor de los derechos y acciones del deudor y otra distinta que dicho mecanismo consista precisamente en ese ejercicio, pues una cosa es (o debe ser) la figura en sí y otra los medios por los que procura su especial cometido. Ciertamente que cuando el acreedor actúa en subrogación lo hace mediante el ejercicio de los derechos de su deudor, pero no tan cierto que en tal supuesto estamos, en la conformación dogmática del instituto, ante un simple supuesto de actuación de derechos ajenos; tal ejercicio es el que da contenido al mecanismo subrogatorio, pero precisamente por eso el mismo tiene que ser algo distinto y anterior. En otro caso estaríamos en presencia de un ente que es al mismo tiempo sustancia y procedimiento, que faculta para actuar, actuando, y que sólo se configura cuando se pone en funcionamiento; algo ciertamente cercano a una *contradictio in adiecto*, pues lo que faculta para ejercitar derechos ajenos no puede consistir precisamente en el ejercicio de esos derechos.

Aparte de que, según ha resaltado SACCO, el «ejercicio de los derechos del deudor» se presta a abrazar hipótesis y figuras netamente extrañas al ámbito del instituto subrogatorio, cual ocurre en el caso de que un acreedor goce de una especial garantía procesal o sustantiva (acreedor pignoraticio o cesionario de bienes), pues en el mismo, ya se sostenga que la titularidad del crédito pignorado o cedido sigue perteneciendo al deudor pignoraticio o cedente, ya se afirme que el acreedor ejercita el mismo crédito garantizado o cedido, siempre deberá concluirse que dicho acreedor hace valer un derecho de su deudor; cuando no resulta correcto considerar que semejante ejercicio pueda estimarse una aplicación del poder subrogatorio, dado que éste no excluye al deudor del ejercicio de sus derechos (8).

A la idea de ver en el mecanismo subrogatorio la manifestación genérica del «ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor» ha contribuido de manera determinante la concepción romana de Intransmisibilidad de los créditos, que, concibiendo la relación jurídica obligatoria como un vínculo estrictamente personal, no admitía que el acreedor pudiese ceder libremente su derecho a otra persona a no ser por la vía de la sucesión universal *mortis causa* (9). El peso de esta tradición llevaba a ver en los casos de cesión o adjudicación de un crédito que el acreedor ejercitaba un derecho ajeno, cuando pocas dudas puede haber de que en los Derechos modernos el acreedor cesionario o adjudicatario está ejercitando un derecho propio.

(8) SACCO, // *potere di procedure in via surrogatoria*, Turín, 1955, págs. 4-5.

(9) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 733.

Quid inris? La expresión «acción subrogatoria» resulta inexacta y propicia los intentos de mutación de la sustancia del mecanismo que se considera. La explicación meramente descriptiva «ejercicio de los derechos del deudor» padece taras históricas hoy inaceptables y tiende a confundir contenido con continente, modo de actuar con posibilidad de actuar de una determinada manera. Por lo que no parece rechazable el intento de encontrar algún tipo de nominación que excluya los inconvenientes de las usualmente utilizadas.

Pienso que esa nominación es la de «vía subrogatoria» en cuanto el ordenamiento civil brinda a los acreedores la posibilidad de incidir en la esfera patrimonial de sus deudores, pero sin que ello suponga el ejercicio de una específica acción (¿cuál será el concreto derecho por ella tutelado?), ni siquiera la mera secuencia de materializar la actuación de los derechos del deudor, porque eso no es otra cosa que el *modus operandi* y no el mecanismo o vehículo que permite semejante conducta, sino más bien que queda abierta una vía expedita y cómoda para que el acreedor que ve peligrar su derecho por la pasividad del deudor penetre en la esfera patrimonial de éste y actúe suplantando su protagonismo.

Vía subrogatoria que brinda todavía la posibilidad de utilizarla, de caminar por ella, pero que evita el inconveniente de reconvertirla e identificarla con un concreto vehículo de los que por su través discurren, e impide que el fenómeno se desenfoque mediante su contemplación desde el ángulo de la forma en que el tránsito se produce, porque poca duda puede haber de que por más que el acreedor que acude a la vía subrogatoria lo hace por medio del ejercicio de los derechos de su deudor, semejante actuación no la realiza ejercitando un poder ajeno, sino mediante la actuación de un poder que le corresponde, no *iure alieno*, sino *iure proprio*.

2. INDICACIONES HISTÓRICAS. DERECHO ROMANO

Cuando FERRARA señala las muchas dudas y controversias que suscita la consideración del mecanismo subrogatorio, aparte de lo dudoso de su función (meramente conservativa o ejecutiva) y los obstáculos casi insuperables que presenta la delimitación del objeto del mismo, apunta también que la cuestión se torna todavía más oscura porque en este punto, a diferencia de lo que ocurre en tantos otros del Derecho de Obligaciones, el precedente, el magisterio, la pauta romana no procura luces orientadoras suficientes (10). Y es que, ciertamente, no se conoce bien el camino romano por el que pudo derivar la figura que nos ocupa.

(10) FERRARA, «Natura giuridica dell'azione surrogatoria», en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1954, págs. 131-140.

En el *Digesto* justiniano y a propósito «de la restitución que se concede a los acreedores perjudicados con fraude» se recogen dos textos, uno de PAULO y otro de ULPiano, que han llevado a algún autor a intentar descubrir en ellos «el primer germen de la moderna acción subrogatoria». A tenor del primero, «se ha de entender que también comete fraude el que no hizo lo que debía hacer, esto es, si no usase de las servidumbres» (11); y de acuerdo al segundo, «debemos entender que se hizo por causa de fraude no sólo lo que hizo por contrato, sino también no presentándose en juicio por no querer, o permitiese que se sentencie contra él en rebeldía, o no pidiese a su deudor para que se prescriba la deuda, o deje perder la servidumbre o usufructo» (12).

Ha sido PACCHIONI quien intentó tan difícil empeño. Se pregunta el gran romanista y civilista italiano si en los casos contemplados por los juristas clásicos reseñados el remedio habría podido consistir en otorgar una *actio ex delicto* contra el omitente, aplicar un interdicto o acogerse a la *in integrum restitutio*; y contesta que cómo sería posible pensar en la aplicación de este último remedio contra el deudor a cuyo favor hubiere jugado la prescripción por la omisión del acreedor. Ante el silencio de las fuentes, PACCHIONI se inclina por considerar que en los supuestos de inercia fraudulenta del deudor el Derecho Romano admitía la posibilidad de que el acreedor pudiese intervenir sustituyendo al deudor como gestor de sus negocios, impidiendo la extinción del litigio o la prescripción de la acción; «y en este asiento se podría ver el primer germen de la moderna acción subrogatoria» (13).

Y, ciertamente, el razonamiento tiene lógica y fuerza. Denunciar el carácter fraudulento de la inacción del deudor, constatar que en los casos en que la misma se materializa no cabe la utilización de los recursos reparatorios comunes y concluir que, ello no obstante, no debe facultarse al acreedor para actuar en sustitución del deudor impidiendo un daño que, en definitiva, va a incidir sobre él al imposibilitar o dificultar la realización de su crédito por la insolvencia o disminución patrimonial de dicho deudor, no parece excesivamente coherente ni razonable.

Pero este tipo de planteamiento no sirve para el Derecho romano, en el que la rigidez procedimental, la tipicidad de las figuras jurídicas y el carácter tasado de los mecanismos de defensa y tutela no permiten considerar la existencia de un determinado recurso cuando no ha sido plasmado de manera expresa y típica. Aventurar que en base al hecho de que se adviertan supuestos que en el Derecho moderno darán lugar a la aplicación del remedio genérico de la acción subrogatoria debe predicarse para el Derecho romano análoga solución o, al menos, hay que asumir que ahí está el origen del instituto sustitutorio es, aparte

(11) D. 41, 8, 4.

(12) D. 42, 8, 3, 1.

(13) PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, pág. 145.

de incurrir en un anacronismo al revés, desconocer las vías por las que se mueve la reflexión y la formulación jurídica romanas.

Y ello aun dejando a un lado que la expresión de PAULO «*non facit quod debet faceré*» probablemente nos sitúa fuera del marco natural de la subrogación, porque es muy dudoso aseverar que los deudores están obligados a ejercitar los derechos y acciones de que son titulares, ya que en ese caso quizá no haría falta el recurso subrogatorio; y que precisamente por ello es por lo que la Ley permite a los acreedores intervenir para remediar el daño que la pasividad del deudor, pasividad por otro lado perfectamente lícita, les pueda irrogar. Amén de que resultaría un tanto insólito y anómalo que el origen de una determinada figura jurídica se pueda hallar en supuestos que no contemplan algunas de las notas que son definitorias de la misma o exigen algo que no forma parte de su *fattispecie*.

En efecto, se observará que tanto en el texto de PAULO como en el de ULPIANO se habla de «comete fraude» y de «por causa de fraude», expresiones que supondrían un punto de referencia hartamente extraño si en los mismos tratásemos de hallar *in nuce* el origen de la acción subrogatoria, ya que sabido es que mientras el *consūium fraudis* constituye uno de los presupuestos de la acción revocatoria o pauliana, el mismo no se conforma como tal en el ámbito de subrogación, ya que en él el lugar del fraude por parte del deudor es ocupado por la inercia, pasividad o falta de actuación del obligado respecto a los derechos y acciones de que es titular.

Mucho más extraña y más fácil de excluir es la teoría que pretende encontrar el origen de la subrogatoria en la *actio Serviana utilis* o *quasi Serviana* o *hypothecaria* (SERAFINI, BARLETTA).

Sobre la base del *interdictum Salvianum* que permitía al arrendador de una finca obtener la posesión de los instrumentos de cultivo (*invecta et Mata*) introducidos por el colono que no pagaba la renta, se pasa a la *actio Serviana* que se concede al acreedor pignoraticio o hipotecario como *actio in rem* contra cualquier tercero cuando no se hallase en posesión del *pignus*, y a sus herederos y cada uno de ellos a causa de la indivisibilidad de la prenda.

Pretender encontrar en estas hipótesis el más ligero atisbo del mecanismo subrogatorio es tarea baldía porque fallan en ellas todos los presupuestos que configuran el mismo y la finalidad que justifica su existencia. Aquí no hay conservación de la garantía patrimonial, aquí no existen derechos y acciones del deudor y aquí no se da abandono, desidia o pasividad por parte de éste; por lo que no debe extrañar que D'AVANZO advierta que tal teoría no puede ser acogida y debe reputarse insólita en razón de que basta una «sucinta exposición del objeto y del modo en que se ejercitaba la *actio hypothecaria*, así como sus efectos..., para excluir cualquier punto de analogía con la subrogatoria» (14).

(14) D'AVANZO, *La surrogatoria...*, op. cit., pág. 9.

Mientras imperó en Roma el sistema de la *legis actiones* es obvio que no tiene sentido preguntarse por la existencia de algún mecanismo de sustancia subrogatoria que permitiría a los acreedores ejercitar derechos de sus deudores para el cobro de lo que se les debe, ya que ni siquiera hacía falta incidir sobre los bienes del obligado a la hora de realización del crédito en cuanto la *manus iniecto* permitía sujetar la persona misma del deudor.

La *lex Poetelia*, al proclamar el inestimable y progresista principio *pecuniae creditae bona debitoris, non Corpus obnoxium esse*, produjo una mutación sustancial en este estado de cosas porque a la hora de ejecución del crédito el punto de referencia pasa de la persona del deudor a la afección de sus bienes, de la ejecución personal a la ejecución patrimonial, por lo menos en determinados supuestos, en cuanto no era posible recurrir a la *manus iniecto* contra el deudor no *confesus* ni *iudicatus*.

Si en ciertos casos ya no era posible acudir a la ejecución personal, se hacía preciso establecer algún mecanismo que permitiese a los acreedores cobrarse sobre los bienes del deudor. Según cuenta GAYO, el pretor Rutilio Rufo concede a los acreedores que han obtenido una sentencia condenatoria la *missio in bona* como medida previa para llegar a la venta de los bienes (*bonorum venditio*) del deudor.

Ver en la *missio in bona* y en la subsiguiente *bonorum venditio* un anticipo claro y directo de la figura subrogatoria que nos ocupa, sin duda, sería excesivo e improcedente habida cuenta de que en las mismas no había otra cosa que una ejecución universal por cuyo través el Magistrado procedía a adjudicar a un *bonorum emptor* la totalidad del patrimonio del deudor y en provecho del conjunto de sus acreedores.

Ahora bien, podía suceder que durante la vigencia de la *missio* hubiera necesidad de ejercitar algún derecho del deudor ejecutado; en tal caso, ni aun siquiera en el supuesto de que se hubiese procedido ya a la venta total del patrimonio del deudor podían los acreedores hacer valer aquel derecho, pues era un *curator*, eso sí escogido entre los acreedores, nombrado al efecto quien estaba autorizado para ejercitar una *actio Milis* frente a los deudores del deudor ejecutado: «Se practica recurrir al pretor para que nombre curador, y así, con consentimiento de la mayor parte de los acreedores, nombra uno o más curadores» (15).

A finales de la época del procedimiento formulario DIOCLECIANO sustituye la *missio in bona* y la venta en bloque a ella ligada por la *bonorum distractio* y la consiguiente venta individualizada de los bienes del deudor. También aquí era precisa la existencia de un *curator*, elegido asimismo entre los acreedores, al objeto de ejercitar los derechos litigiosos, de estar en juicio por el deudor y de vender los bienes del deudor que fuera preciso para satisfacer

(15) D. 42, 7, 2.

cabalmente los derechos de sus acreedores: «Si se pusiese al acreedor en posesión de los bienes del deudor, se debe nombrar curador si se han de intentar algunas acciones» (16).

La existencia de semejante *curator bonorum*, autorizado para hacer valer en juicio las acciones del deudor, aunque pueda considerarse tan sólo como una facilidad procedimental en el seno de la ejecución y como mera concesión pragmática a la hora de defender en beneficio de los acreedores la integridad patrimonial del deudor, supuso, como agudamente captó en su día ZUCCONI, un orificio importante a la regla romana antigua del carácter estrictamente personal de los derechos de crédito. Ahora ya, aunque faltase la ficción originaria del sucesor universal, era posible ejercitar los derechos crediticios de otro y comienza a asentarse en el Derecho romano la idea de que la esencia de la relación obligatoria se halla en la utilidad que contempla el acreedor a la hora de su constitución, utilidad que existe con independencia de la forma en que tenga lugar la actividad satisfactiva del deudor (17).

Lo cierto es, empero, que el riguroso carácter intransmisible fuera de la sucesión universal que imponía la concepción personalista estricta de la obligación romana en cuanto chocaba contra la naturaleza de las cosas y pugnaba de manera directa con las necesidades y conveniencias de la vida de relación ya había sido orillado con antelación, tímida y circunstancialmente, a través de ese procedimiento tan típicamente romano de mantener el principio y evitar en casos determinados sus perniciosos efectos mediante sutiles mecanismos, recursos indirectos y empleo de figuras para fines distintos de aquellos que le son típicos.

Así, ya en la época de la *legis actiones*, aunque desde el punto de vista jurídico no cabría hablar de transmisión del crédito sino de extinción de la vieja obligación y de su sustitución por otra nueva dotada de *idem debitum*, económicamente no puede dudarse de que los efectos propios de la cesión de créditos se producen a través de la *delegatio nominis*: «Si yo quiero hacerte acreedor de lo que otro me debe —nos dirá GAYO—, no puedo conseguirlo por ninguno de los modos por los que se transmiten las cosas corporales, sino que es necesario que con mi autorización tú lo estipules así de mi deudor, con lo cual se consigue que éste se libre respecto a mí y se obligue para contigo» (18).

Una vez que se introduce el procedimiento formulario y admitida la posibilidad de la representación procesal (*litigare pro alio*), la misma se utiliza

(16) D. 42, 5, 14.

(17) ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogatoria», en *Rivista di Diritto Civile*, 1910, págs. 757-758.

(18) GAYO, 2, 38.

para producir los efectos de la cesión de créditos. El acreedor que deseaba disponer de su derecho a favor de otro nombraba a éste *cognitor* o *procurator* para que se encargase de perseguir judicialmente al deudor (*debitor cessus*) y le dispensaba al mismo tiempo de la obligación de rendir cuentas y de entregarle lo que recibiese en virtud de sentencia, razones por las que a tan singular representante procesal se le denominaba *procurator in rem suam*.

Este representante judicial no podía demandar, obviamente, en su propio nombre, sino en el del mandante, cuyo derecho ejercitaba; por ello, en la fórmula, mientras la *intentio* recogía el nombre de éste, la *condemnatio* se concedía a favor del *procurator*, algo que, como antes se advertía, venía a producir en beneficio del mismo las secuelas patrimoniales de la cesión del crédito.

El mecanismo de la *procuratio in rem suam* tenía indudables ventajas sobre el de la *delegatio nominis*, pues no precisaba del consentimiento del deudor y permitía que el derecho reclamado por el *procurator* fuese precisamente el mismo que correspondía al acreedor titular, con todos sus elementos accesorios y garantías.

Empero, presentaba defectos, inconvenientes y peligros, como de ordinario ocurre con todo procedimiento utilizado para obtener un objetivo que no es el suyo. Así, el *mandatum in rem suam* era revocable a voluntad del mandante, por lo que con antelación a la *litis contestatio* el acreedor cedente podía hacer ilusorios los derechos del *procurator-cesionario* revocando expresa o tácitamente el mandato.

De la misma manera, el *mandatum in rem suam* se extinguía por la muerte del cedente o del cesionario antes de la *litis contestatio* y la cesión también podía resultar frustrada en cuanto el deudor estaba facultado para pagar directamente en cualquier momento al acreedor, proceder éste a una nueva cesión procesal o realizar el mismo la *acceptilatio* del crédito.

Ya la jurisprudencia clásica había intentado paliar algunos de los inconvenientes más llamativos de la figura procesal que se está considerando, línea en la que prosiguió el Derecho imperial. Así, se dispuso que el deudor no podía pagar válidamente a su acreedor a partir del momento en que el *procurator* le hubiese hecho saber (*denuntiatio*) el encargo procesal efectuado con efectos de cesión de crédito (19). Con lo que el *mandatum in rem suam* se configura como irrevocable, no a partir de la *litis contestatio*, sino desde el instante en que el *cognitor* notifique al deudor la representación procesal que le ha sido conferida, circunstancia que determina, como advierte SOHM, que a partir de ese momento el mandatario *in rem suam* tenga derecho a que el deudor le pague a él exclusivamente, «por lo que empieza a alborear la idea de cesión», ya que aunque «el mandatario no adquiere todavía la condición

(19) C. 8, 42, 3; y C. 8, 17, 4.

de acreedor, sí asume un derecho a actuar por él, no obtiene la titularidad del crédito, más sí el derecho a ejercitarlo» (20).

Un paso ulterior en la misma dirección lo da el rescripto del príncipe ANTONINO PÍO, por el que se concede al comprador de una herencia las acciones de los créditos incluidos en el patrimonio hereditario en concepto de *actiones útiles*, ejercitables *suo nomine* contra los deudores de la herencia enajenada: «Si se hubiese concertado un pacto con el comprador de la herencia y demandase el vendedor, le perjudique la excepción de dolo, pues desde por rescripto del divino Pío han de darse al comprador de la herencia las acciones como *útiles*, con razón puede el deudor hereditario usar la excepción de dolo contra el vendedor de la herencia» (21).

Aunque no se conocen con exactitud las condiciones de ejercicio de esta *actio utilis*, ni como estaba configurada su fórmula, no parece haber duda de que la misma podía ejercitarse sin necesidad de recurrir al *mandatum agendi*, es decir, correspondía al adquirente por el mero hecho de haber comprado la herencia, con independencia de que se le hubiere otorgado o no mandato para su ejercicio. El cesionario podía con tal acción dirigirse *nomine proprio* contra el deudor y quedaba a cubierto de todo peligro de revocación por parte del cedente.

Posteriormente constituciones imperiales fueron otorgando acciones útiles al comprador de un crédito (22), a quien lo recibió en prenda (23), al marido en caso de constitución de dote consistente en un crédito (24), al legatario de crédito (25) y a quien recibe un crédito en pago (26). Todo ello va alejando la cesión de créditos del *mandatum in rem suam* y «provoca que la figura del mandato se vaya separando de la cesión misma, comenzando a configurarse esta última como institución autónoma» (27).

El ciclo se cerrará con la generalización en tiempos de Justiniano de la *actio utilis* a favor de cualquier adquirente de un crédito a título particular; ahora ya no hará falta acudir al *mandatum in rem suam*, y en nada influye que el acreedor haya nombrado al cesionario mandatario judicial ni que la *procuratio* se revoque o no válidamente, por lo que, en opinión de PACCHIONI, «si se mira a la realidad de las cosas más que a la forma y a las palabras..., la obligación se había hecho activamente transmisible incluso a título particular» (28).

(20) SOHM, *Instituciones de Derecho Privado romano*, México, 1951, pág. 260.

(21) D. 2, 14, 16.

(22) C. 4, 29, 5.

(23) C. 8, 18, 4.

(24) C. 4, 10, 2.

(25) C. 4, 37, 18.

(26) C. 4, 15, 5.

(27) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano...*, op. cit., págs. 734 y sigs.

(28) PACCHIONI, *Manual de Derecho romano*, II, Valladolid, 1942, pág. 73.

Largo camino para llegar al conveniente objetivo de la transmisión sustantiva de los créditos, y largo camino que va allanando al mismo tiempo los inconvenientes que dificultan el ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor, pues parece obvio que se facilita la admisión de un mecanismo que permita a éste hacer valer, en función de la garantía y realización de su derecho, las titularidades patrimoniales del obligado si se parte de la idea de que los derechos de crédito no están ligados de manera sustancial a la persona de su titular y, por ende, no resultan intransferibles. Lo que no puede salir de la esfera del deudor, incluso aunque él lo desee, difícilmente podrá ejercitarse por el acreedor al margen de la voluntad de aquél.

Y ahora, tras tal *excursus*, volvamos a nuestro olvidado *curator* que ejercitaba, llegado el momento de la ejecución, los derechos que pudieran corresponder al deudor ejecutado. Como dice ZUCCONI, la analogía entre las dos hipótesis y la actitud romana de utilizar las instituciones ya existentes para fines distintos de los propios permiten suponer que para explicar la transmisión de los derechos del deudor al *curator* debió seguirse un sistema análogo al de la transmisión de los créditos y, por tanto, es presumible que, en un primer momento, el pretor colocase al curador en el puesto del cesionario, permitiéndole actuar en calidad de procurador del deudor, y más tarde le otorgase aquella acción útil que acabó reconociéndose en la *procurado* (29).

Como ha resaltado BETTI, siguiendo a EISELE, la posición procesal del cesionario a quien se ha conferido una acción útil es la del sustituto procesal que comparece en juicio en nombre propio para hacer valer derechos ajenos (30). Y esta circunstancia va a tener un peso específico en el largo y tortuoso camino de encontrar, de ir descubriendo los materiales que permitan la construcción del vehículo razonable y sólido para la aparición y puesta en marcha del mecanismo subrogatorio. Los sucesivos pasos que se han ido comentando habrían desbrozado el campo de cara a consolidar una plataforma que posibilitara a los acreedores el ejercicio de los derechos de su deudor para realizar sus créditos una vez se contase con un supuesto específico cuya *substantia iuris* se acomodara sin forzamiento a la citada finalidad.

Desde el momento en que se admite la transmisibilidad de los derechos de crédito queda abierta también la posibilidad de que los mismos puedan ser dados en prenda como garantía de otro crédito (*pignus nominis*); el acreedor de esta suerte garantizado, aparte de la titularidad de su propio crédito, ostentará un derecho de prenda sobre otro crédito del deudor o un tercero cuya realización deberá poder instar llegado el caso de que no sea satisfecho el crédito asegurado pignoraticamente: «Establecido el uso de dar en prenda las obligaciones de los deudores, ha parecido consiguiente dar al acreedor, des-

(29) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, págs. 758-759.

(30) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1969, pág. 361.

pues de la venta de las deudas, las acciones útiles para exigir el pago, cual competían al acreedor (31).

El *pignus nominis* podría suponer, en consecuencia, un importante hito de cara al ejercicio subrogado de los derechos del deudor por parte del acreedor; aunque circunscrito al supuesto específico del crédito pignorado, los acreedores quedaban facultados convencionalmente para actuar sobre la esfera patrimonial de sus deudores, pudiendo exigir mediante la oportuna *actio utilis* el crédito dado en prenda o proceder a su venta: El largo camino antes reseñado de cara a la admisión de la cesión sustantiva de los créditos producía ahora, desde otro ángulo, este fruto indirecto de sustitución de un acreedor por otro a la hora de proceder a la realización del crédito.

El *pignus nominis* convencional tuvo su réplica en el *pignus in causa iudicati captum* judicial, réplica obligada una vez admitida la posibilidad de que los derechos de crédito pudieran ser ejercitados por alguien distinto a su titular para el caso de que en la fase de ejecución se encontrasen derechos de crédito en el patrimonio del deudor. ANTONINO PÍO dispondrá que «los Jueces ejecutarán sus sentencias de modo que reciban en lugar de prenda los créditos a favor del deudor si no hubiese otra cosa que poder tomar» (32).

En uno y otro caso, el acreedor favorecido por el *pignus* podía realizar los *nomina debitorum* para la satisfacción de su propio derecho; pero en cada uno de los supuestos el procedimiento al efecto revestía peculiaridades.

El acreedor favorecido con el *pignus nominis*, una vez incumplida la obligación garantizada, podía vender el crédito pignorado al igual que se vende cualquier objeto corporal, en cuyo caso el comprador del crédito gozaba de una acción útil para realizar el crédito adquirido. Podía también proceder a exigir la satisfacción de crédito dado en prenda mediante la oportuna reclamación al deudor de su deudor con la misma acción útil puesta también a su disposición y hacerse pago mediante la suma o la cosa recibida.

Distinto era el camino en el caso del *pignus in causa iudicati captum*, *pignus* judicial concedido al acreedor para tutelarlos contra los daños derivados de la obstinada resistencia a cumplir por parte del deudor confeso o condenado: «si no pagaren dentro del término... se tomarán prendas, y éstas se venderán si no pagan dentro de dos meses» (33). El acreedor quirografario podía, en consecuencia, servirse de los créditos de su deudor cuando una vez obtenida la *confessio* o la *condemnatio* del mismo se hacía conceder judicialmente dicho tipo de prenda que afectaba, caso de que no fueran suficientes los bienes corporales, a los referidos *nomina debitoris*.

(31) C. 4, 39, 7; C. 4, 8, 17; D. 13, 7, 13 pr.; D. 4, 39, 7.

(32) D. 42, 1, 15, 8.

(33) D. 42, 1, 31.

Con todo, es de destacar que a pesar de la idéntica sustancia de las prendas convencional y judicial, la ejecución de esta segunda se apartaba del molde de la primera y aparecía signada por dos circunstancias gravosas para el acreedor: no podía éste actuar de manera directa y personal, sino que debía hacerlo a través del Magistrado encargado de la ejecución; y no podía instar la realización de los créditos sin antes haber procedido a la ejecución de los inmuebles y los muebles de su deudor. Cumplidos estos presupuestos, tratándose de créditos del deudor, los *apparitores* o *executores litium* del Magistrado, una vez obtenida la condena o la *confessio in iure* del deudor, procedían a cobrar el crédito o a venderlo para entregar al acreedor lo obtenido.

Vistos los supuestos hasta aquí considerados, procede preguntarse qué tienen que ver ellos con el moderno mecanismo de la llamada acción subrogatoria. Los puntos de contacto que parecen detectarse en el *pignus nominis* convencional o judicial, la natural proclividad a intentar hallar en el precedente romano el origen de las figuras de los Derechos latinos y el sello de la nobleza y aprecio que ello genera de manera automática explican que la doctrina haya tendido siempre a ver los supuestos romanos que antes se expusieron en una mayor o menor proximidad conceptual al mecanismo que permite a los acreedores ejercitar los derechos de sus deudores.

En Francia, la doctrina más clásica (DOMAT, MALEVILLE, etc.) tendió a considerar que entre el *pignus nominis*, en especial el *pignus nominis in causa iudicati captum*, y el remedio subrogatorio moderno existía una profunda similitud, hasta el punto de que pueden ser identificados y cabe hablar de un genuino precedente romano de la figura moderna.

En España, sólo la civilística de nuestros días toca tangencialmente la materia; y así, mientras LACRUZ sostiene que es cierto que el Derecho romano conoció la técnica subrogatoria, pero no parece que existan en él precedentes directos de la acción subrogatoria (habla de «prurito historicista excesivo en la doctrina») (34), Díez-PICAZO considera que lo más probable es que la acción subrogatoria no naciera en el Derecho romano, sino en el Derecho intermedio por una generalización de los principios latentes en aquél (35).

Para FAURA, el *pignus judiciale* y el *pignus nominis* se entroncan y con ello se extiende la facultad de ejercitar los derechos del deudor, de los acreedores provistos de prenda voluntaria, a toda clase de acreedores, pero con la particularidad de que en el *pignus judiciale* la venta o exigencia del crédito corresponde al Juez y no al acreedor; «toda la evolución posterior —nos

(34) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona, 1985, págs. 320-321.

(35) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 758.

dice— se dirige a forzar esta limitación y a permitir el ejercicio de los derechos del deudor directamente por el acreedor» (36).

Y en opinión de GULLÓN BALLESTEROS, aunque se puede negar la similitud honda entre ambos institutos, tal negativa no debe hacerse de manera radical en cuanto existe una cierta analogía entre uno y otro, por más que los procedimientos sean distintos; tanto en la subrogatoria moderna como en el *pignus* romano se da ejercicio del derecho del deudor por un tercero (37).

Pero, naturalmente, es en Italia donde se han hecho los mayores esfuerzos para tratar de encontrar los puntos de contacto entre el moderno mecanismo subrogatorio y el *pignus nominis in causa iudicati captum*, sin que, en verdad, pueda decirse que el resultado sea demasiado halagüeño.

Entre los que más claramente relacionan y vinculan la acción subrogatoria y el *pignus giudiciale* romano cabe destacar a FERRARA, que ve en éste la semilla que habría de producir el fruto de aquélla (38); a Cicu, que por más que advierte que el nombre de acción subrogatoria viene del antiguo Derecho francés, su germen histórico debe ser reconocido en la figura de la prenda de créditos romana (39), y a BETTI, que asevera que precisamente en la figura del *pignus nominis*, sea convencional o judicial, se encuentran los gérmenes de la acción subrogatoria (40).

Otros autores, en cambio, se muestran más precavidos. Así, prudentemente, ZUCCONI advierte que del recorrido que cabe hacer sobre la materia en el Derecho romano la primera observación que emerge es que el ejercicio de los derechos del deudor se encuentra siempre unido e incorporado a las diversas vías de ejecución (distintas fases de la *bonorum venditio* o procedimiento del *pignus in causa iudicati captum*), constituyendo una etapa y un incidente del procedimiento ejecutivo.

Ahora bien, por más que la realización no supone sino un ejercicio de los derechos del deudor y el ejercicio de los derechos del deudor no importa sino una realización, se trata, empero, de dos supuestos jurídicos separados y distintos; de los cuales uno, ejercicio de los derechos del deudor, sirve de medio para alcanzar el otro, la realización. Por lo que la prenda judicial romana no tendría otro valor que el de constituir el punto de partida para facilitar el embargo de los bienes del deudor, incluidos, claro está, los *nomina* que ostentase (41).

(36) FAURA, «La acción subrogatoria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IX, 1957, pág. 297.

(37) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», en *Revista de Derecho Privado*, 1959, pág. 104.

(38) FERRARA, «Natura giuridica...», *loe. cit.*, p. 140.

(39) Cicu, *Vobbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, 1948, págs. 89-91.

(40) BETTI, *Teoría general...*, n. *op. cit.*, pág. 362.

(41) ZUCCONI, «Le origine...», *loe. cit.*, págs. 764-765.

D'AVANZO da un paso más allá al estimar que difícilmente puede encontrarse en la figura del *pignus in causa iudicati captum* el origen inmediato de la moderna subrogatoria. En su opinión, el motivo fundamental para negar la dependencia de la subrogatoria del *pignus iudiciale* está no tanto en el hecho de que ningún derecho tenía el actor para la venta de la cosa del deudor ya que corresponde al Magistrado pignorar *ex officio* dicha cosa para venderla luego, sino más bien en el hecho de que el aludido *pignus* reflejaba la ejecución de una sentencia, mientras que la subrogatoria es ella misma la que da origen a una sentencia. Sin embargo, para D'AVANZO, por más que se acoja tal señalamiento, no cabe negar que la influencia del Derecho romano, tanto sobre los medios de garantía de los derechos crediticios como sobre el resto, determina que también en esta materia deba admitirse «su peso decisivo», algo que no deja de ser un tanto singular después de sus enfáticos juicios sobre la independencia del recurso subrogatorio respecto al *pignus in causa iudicatio captum* (42).

También SACCO considera que la pretendida identidad entre la situación derivada de la pignoración romana y la moderna situación subrogatoria no es admisible en cuanto la primera suponía un título ejecutivo en poder del acreedor y la previa ejecución mobiliaria e inmobiliaria del deudor, aparte de requerir la intervención del Magistrado.

En su opinión, la teoría que identifica la situación derivada del *pignus nominis in causa iudicati captum* y el poder de ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor ha surgido bajo el imperio del Derecho común, en el que dicho ejercicio de los derechos del deudor era consecuencia de la transferencia del poder exclusivo de demandar judicialmente. Ahora bien, aunque ambos institutos tengan bien poco en común, lo cierto es que coincidían y arrancaban de un presupuesto compartido: su carácter derogatorio respecto a la intramisibilidad del crédito (43).

Y aquí, pienso, se halla la clave del problema. El punto de arranque se encuentra en la circunstancia de que la originaria y rigurosa concepción romana sobre la intramisibilidad de los derechos de crédito, amén de en otros supuestos y por conducto de alambicados procedimientos, resulta excepcional desde el momento en que se permite al acreedor pignoraticio actuar la realización del crédito pignorado en el caso del *pignus* convencional, o mediante la intervención del magistrado en el *pignus* judicial.

Abierto ese portillo, se comprende sin mayor esfuerzo que un buen número de autores se obnuble y propenda a identificar semejante posibilidad con el inicio o el germen del recurso subrogatorio, que permite a los acreedores

(42) D'AVANZO, *La surrogatoria*, op. cit., pág. 14.

(43) SACCO, *// potere...*, op. cit., págs. 8 y sigs.

ejercitar los derechos de su deudor para el cobro de lo que se les debe. La tentación es tan grande que explica, en buena medida, el hecho de que cuando algunos Códigos Civiles se plantean la responsabilidad patrimonial universal del deudor, a cuyo entorno pertenece precisamente la acción subrogatoria, lo hacen sobre la base de considerar, estilísticamente claro está, que «los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores», con lo que parecería que el instrumento pignoraticio tiene un muy especial contenido a la hora de contemplar la satisfacción de los derechos de los acreedores.

Nada más lejos de la realidad. Como hemos resaltado en otro lugar, que los bienes del deudor constituyan la prenda común de los acreedores no es más que una forma gráfica de hablar carente de rigor y precisión dogmáticos, pues la regla no significa otra cosa que, llegado el momento de la ejecución forzosa de la obligación, todos los bienes del deudor quedan afectos a la misma, repitiendo, con otros términos, la responsabilidad patrimonial universal que es propia de la fase ejecutiva de las obligaciones (44).

Cuando convencional o judicialmente se ha pignorado un crédito, es obvio que para que la figura sea operativa y tenga sentido hace falta el *a priori* de que los créditos sean susceptibles de alienación. Semejante posibilidad se halla también en la base del mecanismo subrogatorio, en cuanto sería difícilmente admisible que un acreedor pudiera ejercitar los derechos credituales de su deudor si éstos estuvieran indisolublemente ligados a su persona. Pero tal punto de coincidencia, la común necesidad de la transmisibilidad de los créditos para la existencia de una y otra figura, no establece ninguna relación de dependencia entre las mismas ni crea un nexo causal entre la prenda y la subrogatoria. El acreedor pignoraticio que, por sí o a través del Magistrado, ejercita el crédito pignorado está actuando mediante el mecanismo jurídico real del *pignus*, que le faculta por su propia naturaleza y función para proceder a la realización del objeto dado en prenda. Ahí comienza y ahí termina también toda su virtualidad, y pretender inducir de ello el germen, el origen o la semilla de la acción subrogatoria no pasa de ser un acto piadoso o bienintencionado, pero ajeno por completo a la realidad de las cosas.

Ni siquiera hace falta acudir a las razones procedimentales de D'AVANZO, en el sentido de que mientras el *pignus judiciale* refleja la ejecución de una sentencia la subrogatoria es ella misma la que da origen a una sentencia, porque ello ni quita ni añade dogmáticamente nada a la cuestión. La clave está en que por el hecho de que en algún caso específico los acreedores pudieran realizar determinados derechos de crédito de sus deudores, no cabe derivar que se abría la vía para que genéricamente todo acreedor apareciese dotado de un poder básico que le permita el ejercicio de los derechos del deudor por la satisfacción de su propio derecho.

(44) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pág. 71.

Una cosa es que *uti singulare* el acreedor pueda manipular un determinado derecho de su deudor y otra, particularmente diferente, concluir de ahí que queda abierta la puerta para que entre el mecanismo subrogatorio. De la misma manera que en los ordenamientos modernos la existencia de un precepto genérico que recoja la vía subrogatoria no excluye ni torna inútil la posibilidad de que un concreto acreedor asegure su derecho recibiendo en prenda un crédito de su deudor (por la razón de preferencia en el cobro que ello entraña), *a contrario sensu*, la existencia en el Derecho romano del *pignus nominis* no suponía la admisión ni siquiera parcial de la acción subrogatoria, pues éste es un recurso pensado para otro tipo de situaciones y responde a unos presupuestos y finalidades diferentes.

No parece, en consecuencia, que, pese a los bienintencionados esfuerzos historicistas y al encomiable deseo de encontrar un precedente romano claro y directo del instituto subrogatorio, sea posible el engarce entre esta figura y los supuestos pignoraticios romanos, pues una y otros responden a planteamientos diferentes y carecen del necesario punto de contacto que permitiría el entronque y derivación de la primera y los segundos. El Derecho romano, en esta materia, no procura el claro precedente que suministra en tantos otros mecanismos y supuestos del Derecho de obligaciones.

3. DERECHO INTERMEDIO

Los primeros autores del Derecho común partían de este estado de cosas heredado de los romanos, y difícilmente podían encontrar en el *Corpus iuris* lo que en él no existía: la posibilidad genérica de que los acreedores, para satisfacer su crédito, ejercitaran los derechos de los deudores; por lo que resulta inexacta la afirmación de BETTI de que «quien busque los precedentes históricos de la acción subrogatoria en el Derecho común encuentra que en este último están vigentes principios y reglas que se habían elaborado en el Derecho romano tardío (45); y todavía más el parecer de GIORGI en el sentido de que la Glosa y sus primeros intérpretes encontraron en los textos romanos el germen de la facultad de que todo acreedor goza, incluso sin pignoración especial, de obrar con las acciones útiles contra terceros *ex iuribus* del propio deudor (46).

La realidad era, por el contrario, harto diferente. En tal sentido, ACURSIO recordará que el deudor del deudor no puede ser demandado si no es *officio iudicis*, y sólo *si confiteatur se deberé, coeterum si neget contra rescriptum est, quia non est differentia íter res corporales et nomina*. Parecidamente,

(45) BETTI, *Teoría general*, II, *op. cit.*, pág. 363.

(46) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, *op. cit.*, págs. 236-237.

BARTOLO sostendrá que la ejecución sobre los *nomina debitoris* se suspende si el tercero niega la deuda, pues *si neget non potest fieri executio*. Circunstancias todas que revelan que seguimos estando dentro de las coordenadas del *pignus in causa iudicati captum* romano y, por tanto, lejos todavía de la conformación natural del recurso subrogatorio.

BALDO intentará sistematizar la materia al señalar las condiciones para que se permita la ejecución sobre los *nomina debitoris*: a) *debitoris condemnatio*, b) *bonorum excussio*, c) *debitoris exigendi confessio* y d) *missio in quasi possessione nominis debitoris*. Cuadro que nos sitúa con toda nitidez en el ámbito de la ejecución judicial y que difícilmente cabe sustraer de la figura del *pignus nominis* y de su realización; con lo que siguen faltando con toda evidencia las circunstancias y condiciones que permitan el despegue de la acción subrogatoria de manera diferenciada y genérica.

Mas ¿qué ocurrirá si falta el requisito de la *confessio*? ¿Habrà que deferir a alguien el ejercicio de los *nomina debitoris*? Los glosadores y postglosadores resuelven el problema admitiendo el nombramiento a tal efecto de un *curator* especial: *ad instantiam creditoris debetur curator bonis debitoris, qui proprio nomine convenit debitores debitoris*.

Se observará que la dificultad se solventaba y que el procedimiento podía seguir, pero ello no significaba ningún paso adelante de cara a la irrupción del mecanismo subrogatorio. Ese paso, significativo y mutador, lo dará BALDO al sostener que en la hipótesis que se contempla el curador de los *nomina* del deudor puede ser el propio acreedor: *poterit ipsemet creditor esse curator*.

Semejante admisión representa un giro copernicano en el tratamiento de la materia que nos ocupa y se convierte en la llave que abre la puerta que impedía la contemplación en propiedad del mecanismo subrogatorio en el mundo jurídico romano. La doctrina ha señalado que necesidades de orden práctico habían llevado a marginar unas reglas romanas que resultaban demasiado complejas e inadaptadas a las exigencias económicas en cuanto existiría la necesidad, en aras a la mayor fluidez de los negocios, de evitar la pérdida de tiempo y la ausencia de seguras garantías de las relaciones obligatorias.

No parece, empero, que las exigencias económicas del Bajo Medievo fueran superiores a las que estuvieron presentes en las últimas fases del Imperio Romano, ni que los juristas de aquél tuvieran un sentido práctico de las cosas que faltaría a los *iurisprudentes* de éste. Fue seguramente la acumulación jurídica, la constatación de que el sistema vigente conducía a situaciones límite y absurdas, y la reflexión de que quien mejor cuidará de los derechos del deudor será precisamente aquel que más se beneficie de la más eficiente gestión, esto es, su propio acreedor, las circunstancias que llevaron a la Glosa a introducir un factor nuevo que, ahora sí, cabe estimar como verdadero germen de la acción subrogatoria.

La novedad consistía en que al admitirse la posibilidad de nombrar curador al mismo acreedor resulta que se estaba admitiendo también que éste podía ejercitar en su propio nombre los derechos del deudor, con lo que, como agudamente ha advertido BETTI, venía a perder importancia el crédito en sí. Esto es, lo que ahora se contempla en primer término no es la garantía pignoratícia que protege a un determinado crédito, sino la protección genérica en ciernes que a todo acreedor se le debe reconocer en situaciones en que los deudores no cuidan de manera adecuada los derechos que ostentan. El punto de inflexión comienza a desplazarse de la garantía específica a la genérica y el fenómeno permite su contemplación bajo una luz nueva y diferente: la que permite a los acreedores penetrar en la esfera patrimonial de sus deudores caso de que éstos omitan la gestión pertinente de sus intereses.

Claro que BALDO habla tan sólo de que cabía nombrar curador al propio acreedor, pero ello necesariamente debió significar en la práctica que curador y acreedor serían siempre la misma persona, porque nadie más interesado que él en serlo y porque, *natura rerum*, tal situación es la más adecuada para el correcto desenvolvimiento del supuesto y el logro de las finalidades que le son propias. De ahí a que, como escribe ZUCCONI, se pasara a suprimir la formalidad del nombramiento de curador no existía más que un breve y fácil paso, y los testimonios de los juristas revelan que ese paso se dio con pres-teza, pues ninguno vuelve a hablar del curador y todos colocan directamente frente al tercero pignorado al acreedor pignoraticio, cual es el caso de CULAC - CIO, que al hablar de los varios cauces que permiten al acreedor actuar contra el *debitor debitoris* incluye la hipótesis en que *condemnato debitoris, nomen debitoris pignori capiatur* (47).

De todas estas mutaciones, BETTI saca la correcta conclusión de que para los glosadores y comentaristas el juicio de declaración contra el tercero deudor constituía un procedimiento de cognición separado y distinto del procedimiento de ejecución (48), algo que nos aleja irremediabilmente del ámbito del procedimiento del *pignus iudiciale* y tiende a acortar las distancias entre este instituto y el *pignus* convencional, paso necesario para facilitar la franca irrupción del mecanismo de la subrogación.

Otro factor coadyuvó en la misma dirección. La regla propia del *pignus in causa iudicati captum* de que la ejecución debía recaer primero sobre los muebles, luego sobre los inmuebles y finalmente sobre los derechos, hacía tiempo que la doctrina la juzgaba inútil y gravosa. A lo largo de los siglos xv y xvi los autores más significativos (GUIDO PAPA, CUIACCIO, FABRO, etc.) claman contra ella y constatan su paulatina desaparición.

(47) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, págs. 769-770.

(48) BETTI, *Teoría general...*, *op. cit.*, pág. 364.

La consecuencia de ello es que las dos figuras romanas del *pignus* convencional y del *pignus* judicial se acercan cada vez más y tienden a identificarse, en cuanto en este último el tercero demandado ya no goza de la posibilidad de hacer valer la excepción de que no se ha hecho exclusión de los otros bienes que le permitía rehuir el pago. De esta manera resultaba fácil que, a similitud de lo que ocurría en la prenda convencional, se extendiese a la judicial la posibilidad de que al acreedor se le permitiese actuar directamente contra el subdeudor sin necesidad de estar representado por el curador (49).

Pero no todas las dificultades habían desaparecido. Todavía nos movemos en el campo de la pignoración de derechos y todavía hay que atender a que el Juez proceda a condenar al deudor y debe esperarse al vencimiento del débito principal, circunstancias todas que aparecen reñidas con la limpia y expedita vía subrogatoria en la forma contemplada en la dogmática moderna. Había que encontrar un mecanismo que permitiera obviar estos inconvenientes y que despejase el campo en el que los acreedores intentaban asegurar o realizar sus derechos mediante la actuación de aquellos otros derechos de sus deudores que no eran atendidos solícitamente por éstos. La autonomía privada y la técnica notarial acudieron en auxilio de estas necesidades.

En efecto, se va extendiendo paulatinamente la práctica de incluir en los documentos notariales una cláusula especial denominada *instrumentum garantigiatum* o *confessionatum*, que suponía el sometimiento de todos los bienes presentes y futuros del deudor al cumplimiento del crédito y permitía al acreedor actuar sobre los mismos, caso de incumplimiento de la obligación, de este modo asegurada.

Esta suerte de hipoteca general sobre el patrimonio del deudor a que daba lugar la existencia de la cláusula contractual de garantía atribuía al acreedor un poder amplísimo y expedito para actuar en la esfera patrimonial de su deudor. Por su través, ya no sólo cabe la vía ejecutiva, sino también la conservativa, de cara a mantener íntegra la cobertura asegurativa que los bienes del deudor proporcionan al acreedor, de manera tal que cabe la actuación de las acciones del deudor frente al tercero, *utiliter quasi cessa aut demandata*.

La cláusula en cuestión no era otra cosa que la confesión por parte del deudor de su propio débito; el sujeto pasivo de la relación obligatoria reconocía la deuda ante el Notario y así se hacía constar en el instrumento al objeto de dotar al acreedor de la misma posibilidad de actuación que emanaba de la confesión judicial, posibilidad que permitía a aquél prevenir la ejecución de su crédito tal como si estuviera cubierto por una sentencia condenatoria del deudor.

(49) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, pág. 770.

Semejante confesión extrajudicial suponía la conformación de un *modum voluntariae iurisdictionis*, ya que *confessus pro iudicato habetur*, y, en consecuencia, la puesta en funcionamiento de un mecanismo operativo y cómodo para incidir en la esfera patrimonial del deudor. Mediante la inclusión por el Notario en el instrumento del *preceptum solvendi* o *guarantigiae* quedaba abierta la posibilidad de una *extraordinaria cognitio* en la que el Notario sustituía al Juez y en la que por virtud de la ficción de la *res iudicata* contaba el acreedor con un título ejecutivo que le permitía actuar en defensa de su derecho *sine libello et litis contestationis, vel alio ordine iudiciali* (50).

La situación se había clarificado sensiblemente. El acreedor favorecido por la cláusula quedaba asegurado de que llegado el vencimiento del plazo sin haberse producido la satisfacción del crédito podía proceder sin necesidad de citar al deudor ante el Juez (CIÑO DE RSTOIA) a la ejecución del mismo, ejecución que era susceptible de abarcar tanto los bienes muebles e inmuebles del obligado, como *iura, actiones et nomina debitorum quae generaliter et specialiter obligari possunt* (ACOSTA, CUIACCIO).

Se trataba, pues, tal como advierte D'AVANZO, de un proceso que daba entrada inmediata a la ejecución sin necesidad de previa cognición y pronunciamiento de sentencia, sino tan sólo en base a un sumario examen del documento (51).

Las ventajas eran tan claras a favor del acreedor que se explica sin mayor esfuerzo que fuera sumamente corriente la inserción de la cláusula de garantía en los documentos notariales.

Tan frecuente debió ser semejante inclusión que llegó a considerarse sobrentendida en el caso de no haberse contemplado de manera expresa, con lo que deviene en cláusula de estilo, buscándose la explicación de semejante estado de cosas en el dato de que a todo acreedor corresponden los poderes que emanan de la susodicha cláusula, sin que haga falta al efecto explícita manifestación del deudor, *quasi ex ipsa obligatione*, algo que para la mentalidad actual tiene un claro sabor de anticipo del moderno y genérico mecanismo subrogatorio.

Si todo acreedor y por el solo hecho de serlo tiene a su disposición un poder general que le permite, amén de otras cosas, ejercitar los derechos de su deudor para proteger y realizar su derecho, pocas dudas parece haber de que estamos en las puertas de lo que hoy denominamos acción subrogatoria.

La tentación es muy fuerte, casi insuperable; sin embargo, la situación no es tan clara como aparenta. En efecto, como se habrá observado, toda la fuerza ejecutiva que emanaría del *instrumentum garantigiatum* tendría su punto de apoyo en la idea de que el acreedor así garantizado quedaba provisto

(50) D'AVANZO, *La surrogatoria*, op. cit., págs. 16-17.

(51) *Ibid.*, pág. 17.

de una hipoteca general sobre los bienes del deudor, tesis común en la doctrina de la época (DE OLEA, ACOSTA, GATTO, CANCERIO, MERLINO, etc.) y que lleva a ZUCCONI a enfatizar que con el paso del tiempo y pululando por todas partes los documentos que contenían la cláusula de garantía, los mismos generaban a favor de los acreedores la hipoteca general y la ejecución prevenida, habida cuenta de que, como dirá MERLINO, del espíritu de las palabras utilizadas resulta clara la *mens contrahentium* (52).

Semejante circunstancia lleva a algún autor, como SACCO, a preguntarse si el poder conferido al acreedor que se comenta sería verdaderamente un poder subrogatorio general, en todo similar al que regulan los Códigos Civiles hoy vigentes; en su opinión, una afirmación de tal signo no resiste la crítica, en cuanto la hipoteca legal general fue largamente utilizada en el Derecho romano postclásico y no era ignorada asimismo en el Derecho romano clásico, en el que fue reglada y aplicada también la hipoteca general convencional, hipotecas que comprendían todos los bienes del deudor, incluidos los créditos.

El acreedor titular de una prenda general era titular, por tanto, de un derecho de prenda sobre las cosas y los créditos presentes en el patrimonio del deudor, y ostentaba en relación a estos bienes un poder ni mayor ni menor que el que corresponde al acreedor pignoraticio común. Pues bien, dice SACCO, si estas premisas son exactas no se alcanza a ver cómo en el siglo xvn la hipoteca general habría de producir una acción subrogatoria nueva respecto a los institutos preexistentes derivándola de la precedente prenda del crédito, ya que si el titular de una prenda especial sobre cosa o sobre crédito no es titular de un poder subrogatorio relativo a la acción que tutela el derecho real o de crédito no se puede entender que el titular de una prenda general que grava todas las cosas y derechos del deudor vaya a gozar de un tratamiento diverso.

De esta manera, cabe considerar que el recurso a la hipoteca general no tuvo por qué suponer la aparición automática de la acción subrogatoria general, ya que de existir tal necesidad lógico-histórica la acción subrogatoria habría coexistido con la hipoteca general romana y habría encontrado aplicación en todos los territorios y en todas las épocas en que se aplicó el *ius commune*. De todo ello pretende derivar SACCO que históricamente no existe necesidad alguna de relacionar la idea de prenda general y la idea de un poder subrogatorio del acreedor, susceptible de ejercicio antes y después del vencimiento del débito principal (53).

Bajo la aparente solidez de los argumentos, la tesis, empero, resulta quebradiza e inexacta. Los institutos jurídicos son lo que son en cada etapa histórica, pero no tanto por su estricta virtualidad, sino por los efectos que

(52) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, págs. 772-773.

(53) SACCO, // *potere...*, *op. cit.*, págs. 16-21.

quienes los manejan les asignan; entre la hipoteca general romana y la hipoteca general del Derecho intermedio existe identidad de configuración o sustancia jurídica, pero se da una profunda disimilitud en la operatividad, en la eficacia y, sobre todo, en el *modus operandi* que en una y otra época se asignan a la misma.

Lo que SACCO no parece colegir es la gran diferencia procedimental que se da entre el instituto romano y el común, pues mientras el primero requiere para su realización la intervención judicial y el pronunciamiento de la sentencia correspondiente, el segundo ve facilitada su actuación al prescindirse de la intervención judicial, atribuir a la cláusula de garantía la autoridad de *res iudicata* y facultar al acreedor para actuar con fuerza ejecutiva inmediata.

En realidad, el cambio de matriz no viene dado tanto en relación al instrumento hipotecario como respecto a la distinta forma de contemplar los poderes del acreedor garantizado. En Roma, éstos nunca se vieron fuera del estricto campo judicial en que se hacía eficaz la hipoteca, mientras en el *ius commune* lo que se contempla en primer y determinante término es cómo pueden hacerse efectivos los mismos sin necesidad de tener que recurrir a juicio. El *instrumentum garantigiatum* permite obviar al Juez y proceder a la presta realización del crédito garantizado, y es precisamente para cubrir dogmáticamente semejante fuerza compulsiva del acreedor por lo que se busca un instrumento jurídico dotado de virtualidad suficiente al efecto; la opción resultaba clara, tal instrumento no podía ser otro que la hipoteca general. Pero ahora la hipoteca no era el *prius* sino el *posterius*, no era la causa sino la excusa, no era el origen sino la explicación de por qué el acreedor podía actuar de la forma expedita que se le permitía.

Este cambio de matriz es el que no percibe SACCO. La hipoteca general ya no es la protagonista, sino tan sólo el mecanismo explicatorio, la cobertura jurídica, la justificación dogmática de un efecto que se había establecido fuera de él; y por ello, mientras de la hipoteca general romana no cabía derivar nada que guardara relación con la actual acción subrogatoria, de la hipoteca legal del Derecho intermedio emanaba de manera natural esta figura, porque el ente hipotecario se contemplaba *a posteriori*, una vez admitida la revolución procedimental que provocaba la nueva cláusula de garantía.

Cierto que cuando estamos frente a un acreedor dotado de prenda especial o general ello no supone el reconocimiento al mismo de un poder subrogatorio que le permita ejercitar los derechos de su deudor; eso tampoco ocurre hoy, ya que el campo de actuación del acreedor hipotecario está perfectamente delimitado y circunscrito, y poco o nada tiene que ver con la actuación del recurso subrogatorio; pero no se trata de esto, sino de algo particularmente diferente.

Ni en Roma ni en el Derecho moderno hay un nexo de unión y, menos, relación de causalidad entre garantías reales y mecanismo subrogatorio, porque

unas y otro responden a distintas necesidades jurídicas y se orientan a cubrir objetivos diferentes; por ello no tiene mayor sentido contemplar el punto en estudio a la manera de SACCO como un supuesto de necesidad lógico-jurídica. Ni lógica ni jurídicamente existe necesidad alguna de relacionar o vincular la prenda e hipoteca y la acción subrogatoria, algo que no impide, en cambio, que producidos en cierta medida los efectos propios de ésta, que es lo que parece ocurrir con la contemplación que se dio a la cláusula de garantía inserta en los documentos notariales, se recurra, al objeto de intentar encontrar una explicación suficiente, a la contemplación de la hipoteca general, ya que de alguna manera había que vestir dogmáticamente las muy peculiares consecuencias jurídicas que se asignaban al *praeceptum guarantigiae*.

Cuando la cláusula de garantía permite al acreedor favorecido actuar de la forma comentada, es obvio que los autores que se enfrentan al fenómeno, y que no cuentan para su subsunción y explicación con el *argumentum inris* de la acción subrogatoria, entre otras razones porque ésta va a ser construida precisamente a partir de aquél, tengan que asirse a aquello que tienen más a mano, y pocas dudas puede haber de que ello no es otra cosa que el supuesto de la hipoteca general, pero no para intentar extraer de él unas virtualidades que saben bien no posee, sino para instrumentarlo, para ponerlo a jugar al servicio de unos efectos que han sido establecidos fuera de él, en función de unos cometidos que le trascienden y bajo el apremio de unas necesidades que ahora se detectan y a las que quiere darse pronta y eficaz satisfacción.

Aparte de que afirmar que los juristas romanos que tenían a su disposición la hipoteca general no supieron intuir ni propiciar el instrumento subrogatorio (tampoco cabe atribuir a los doctores medievales una actitud orientada en tal sentido) es confundir lamentablemente el sesgo natural de las cosas, capaz de extraer de las viejas figuras nuevas y útiles aplicaciones, negar el progreso jurídico y desconocer que una cosa son los mecanismos jurídicos en su estricta conformación y otra netamente diferente las consecuencias que las mismas son susceptibles de deparar en función de nuevos talentos, variados enfoques o utilización a una mutada realidad socioeconómica.

Cierto que, según asevera SACCO, el titular de una prenda especial sobre cosa o sobre crédito no es titular de un poder subrogatorio relativo a la acción que tutela el derecho real o de crédito, puesto que el *ius distrahendi* que al mismo compete para la realización de su garantía es algo distinto, dogmática y funcionalmente, de la sustitución que la subrogación implica, y porque el primero emana o forma parte del contenido del derecho real de prenda, mientras la segunda concierne, en principio y al menos en los Derechos modernos, a todo acreedor por el solo hecho de serlo, como una garantía genérica o institucional de los derechos de crédito.

Ahora bien, si por la inclusión de la cláusula de garantía se considera que nace a favor del acreedor una suerte de hipoteca general (y de alguna forma

hay que nominar jurídicamente la figura que es susceptible de abarcar en su ejecución los *iura, actiones et nomina debitorum*), podrá pensarse con SACCO en el plano de la pura disquisición que a un acreedor así garantizado no se le puede tratar de manera diferente a como se trata al acreedor dotado de garantía específica; pero la verdad de las cosas es que a la hora de proceder a la realización de su derecho tendrá a su disposición un abanico de posibilidades que puede llamarse como se quiera, pero que en la práctica se parecerá como una gota de agua a otra al instrumento subrogatorio.

Cuando a un acreedor, por virtud del recurso que sea, a la hora de buscar la conservación o satisfacción de su derecho se le permite ejercitar todas las acciones que su deudor no ha hecho valer, se llame como se llame esa situación, lo cierto es que nos hemos situado en el campo de la subrogatoria y, *de facto* al menos, se ha trascendido el escueto mecanismo de las garantías reales singularizadas. Probablemente no se ha valorado de manera suficiente el hecho de que cuando eran plenamente operativas las hipotecas generales no se hablaba de acción subrogatoria, quizá porque no existía necesidad de ella al cubrirse sus efectos mediante aquéllas, y, en cambio, cuando desaparecen y aun se prohíben las hipotecas generales, despega con fuerza la acción subrogatoria, a lo mejor porque existía necesidad de cubrir el vacío dejado por las mismas.

Parece, pues, que el *instrumentum garantigiatum* había ampliado sensiblemente las posibilidades de actuación de todo acreedor en defensa de su crédito al haber devenido en cláusula de estilo; los particulares y extensísimos efectos que era susceptible de procurar remedaban con gran similitud lo que hoy ocurre en la contemplación genérica del vínculo obligatorio: la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 CC) y la posibilidad de ejercitar todos los derechos y acciones del mismo (art. 1.111). Algún paso significativo se había producido, en consecuencia, de cara a la plasmación jurídica del instituto que consideremos, por lo que no resulta demasiado exagerada la afirmación de BETTI en el sentido de que el acreedor podía no sólo actuar sobre los bienes en vía ejecutiva, sino también en vía de cognición y para conservar íntegro el patrimonio, ejercitando derechos en lugar del deudor que descuide hacerlos valer (54).

Pero todavía, dogmáticamente al menos, subsistía una duda. Para que el acreedor pudiera actuar de la manera contemplada, ¿haría falta o no que se hiciera a su favor la cesión de la acción que competía a su deudor contra el tercero? La cuestión no es baladí, ya que, como agudamente ha apuntado GULLÓN BALLESTEROS, si la postura es negativa quedará abierta la puerta a la acción subrogatoria moderna, mientras que si es positiva deberá concluirse que «la evolución completa de la subrogatoria moderna no termina con la

(54) BETTI, *Teoría general...*, II, pág. 365.

aparición de las mencionadas cláusulas de estilo, inspiradas en el principio *qui s'oblige oblige le sien*» (55).

CANTONI sostuvo con diversidad de argumentos la necesidad de la cesión de acciones a favor del acreedor (56). En nuestros días, SACCO es del mismo parecer, ya que, en su opinión, el nuevo requisito de la cesión se debió a una más rígida equiparación de la prenda de cosa y la prenda de crédito, y, en cualquier caso, la cesión tendría el carácter de una transmisión *pro solvendo* y no a modo de legitimación del acreedor para el ejercicio de los derechos ajenos; para él, cualquier promiscuidad de poderes entre acreedor y deudor es extraña al Derecho de la época, ya que en el siglo XVII no cabe ver una acción subrogatoria general o una legitimación del acreedor para ejercitar las acciones del deudor, pues la garantía del mismo se realiza siempre a través del *ius vendendi*, la cesión convencional de acciones o de derechos y la transferencia legal de los oportunos poderes (57).

No parece, sin embargo, que fuera esa la doctrina dominante en la época. OLEA, el autor que más minuciosamente trató la cuestión, distingue entre *iura et exceptiones debitore competentes* y *nomina debitoris*, subdistinguiendo en relación a los segundos los acreedores quirografarios y los hipotecarios; los primeros pueden perseguir al deudor del deudor por el procedimiento ejecutivo del *pignus in causa iudicati captum*, y caso de que el subdeudor no sea *confessus* el acreedor ejercita un derecho del deudor contra un tercero; los segundos, por el contrario, tienen la acción hipotecaria, algo que supondría el ejercicio de la misma al margen de cualquier idea de cesión. Después de la pormenorizada revisión de supuestos, OLEA concluye que de la misma manera que las excepciones pueden ser opuestas al acreedor, así también puede éste ejercitar las acciones de su deudor sin necesidad de cesión cuando haya sido solicitado el *concursum bonorum*, excepto los que sean personales o dependieran exclusivamente de su declaración de voluntad. Si el deudor no solicitara concurso o cesión de bienes, los acreedores precisarían, en cambio, la cesión de acciones, aunque pueden compeler al deudor a hacerla; y si el deudor está ausente o se negare a ella, también podrá el acreedor ejercitar sus derechos y acciones sin necesidad de cesión (58).

La modernidad de las expresiones de OLEA («utilización por los acreedores de los remedios, derechos y excepciones competentes a su deudor»), la necesidad del incumplimiento de la obligación y de que el deudor no tenga otros bienes, y la exclusión de las acciones personales y de las que dependen

(55) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», *loc. cit.*, pág. 104.

(56) CANTONI, *L'azione surrogatoria nel Diritto Civile italiano*, Milán, 1907, Pág. 22.

(57) SACCO, // *potere...*, *op. cit.*, págs. 20-24.

(58) OLEA, *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Valladolid, 1562, págs. 273 y sigs.

de la voluntad del deudor explican que algún autor de nuestros días haya podido decir que en los planteamientos de OLEA se encuentra «el más claro antecedente de nuestra actual acción subrogatoria, claramente diferenciada de la persecución al deudor del deudor y, por tanto, de la ejecución de la obligación sobre los créditos del deudor» (59).

Pero quizá más claro que OLEA sea SALGADO DE SOMOZA quien contempla la situación jurídica más cercana al moderno instituto subrogatorio. Para este autor, en razón del interés genérico que ostenta todo acreedor para conservar y recuperar los bienes que pertenecen a su patrimonio, debe admitirse sin reticencia alguna que los acreedores puedan ejercitar las acciones de sus deudores sin necesidad de cesión de las mismas «a fin de llegar a la más completa satisfacción de sus derechos» (60).

En realidad, MERLINO ya había señalado, «como símbolo de los nuevos tiempos», que «*ex ipsa obligatione competeré utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis*» (61). Y aunque se ha advertido por SACCO (62) que semejante opinión presuponía la previa condena del deudor principal, la inexistencia de bienes en su patrimonio y la confesión del subdeudor, ZUCCONI responde que estos tres requisitos para poder recurrir al ejercicio de los *nomina et iura debitoris* no tenían ya ninguna importancia práctica, por lo que no se ve necesidad alguna de cesión o autorización del deudor, ya que la hipotecaria transfería *utiliter* las acciones del acreedor (63).

Lentamente los materiales se habían ido ordenando. Desde la primigenia contemplación del fenómeno, tributaria de las ideas romanas, el signo de los nuevos tiempos favorable siempre a distender y facilitar el ejercicio de los derechos del acreedor había eliminado progresivamente los obstáculos que impedían el acceso a la formulación de la figura en términos operativos y eficaces.

Bajo el cobijo siempre de las garantías pignoratícia e hipotecaria, el mecanismo subrogatorio va despuntando de manera lenta pero firme al amparo de una consideración elemental: si se quiere la sustitución del deudor en el ejercicio de sus derechos hay que rebasar el campo de las garantías reales, primero porque no cabe atribuir la eficacia de las mismas si se desea conservar su virtualidad y función a quienes no ostenten su titularidad, y segundo porque aquéllas tienen unas cualidades reipersecutorias y preferenciales que nunca podrán reconocerse a los acreedores quirografarios, so pena de instaurar una gran confusión dogmática y práctica.

(59) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pág. 27.

(60) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem, per debitorem communem Inter illos causatum*, II, Lyon, 1757, núms. 36 y sigs.

(61) MERLINO, *De pignoribus et hypothecis*, Venecia, 1661, núm. 22.

(62) SACCO, *El poder...*, op. cit., pág. 21.

(63) ZUCCONI, «L'origine...», loc. cit., pág. 777.

El *instrumentum garantigiatum* y su conversión en cláusula de estilo en los documentos notariales de la época supusieron un paso importante en esta tarea de diferenciación e individualización del mecanismo subrogatorio, pero todavía lo hacían demasiado dependiente de la hipoteca y de sus exigencias. De todas maneras, al reputarse hipoteca general, al no ser preciso su expreso establecimiento y al concederse a todo acreedor, algo muy serio se había roto y los obstáculos que impedían la aparición del instituto estaban perdiendo presencia y fortaleza.

Porque, según antes se señalaba, no deja de ser significativo que para que el acreedor pueda proceder al ejercicio de los *iura, actiones et nomina debitoris* haya que suponerle una hipoteca general sobre los bienes del deudor, y luego resulta que la actuación de ésta ni se sustancia, ni sirve, ni tiene los efectos que son propios de esa categoría de derechos reales de garantía. Algo muy cercano a una *fictio inris*.

Y es que mientras, real o ficticiamente, la acción subrogatoria se mueva en la esfera de las garantías reales, siempre aparecerá desdibujada y no será capaz de adquirir fisonomía propia por una elemental razón: los campos de la afección real y de la subrogatoria son rigurosamente autónomos e incommunicables. En base a la primera, ciertos acreedores adquieren un privilegiado instrumento para la satisfacción de sus créditos; en razón de la segunda, la generalidad de los acreedores queda protegida contra la falta de diligencia del deudor en procurar para su patrimonio la cobertura suficiente. Intentar casar uno y otro conducto al margen de la historia es, quizá, tarea condenada al fracaso al no coincidir la naturaleza, la función y los objetivos de uno y otro.

Otro tanto cabe decir de la exigencia de la cesión de la acción. Si el acreedor para poder ejercitar los derechos y acciones de su deudor precisa de la cesión voluntaria o forzosa de los mismos, de nuevo nos movemos en una esfera extraña al genuino mecanismo de la subrogatoria, pues el mismo u opera por su propia virtualidad y queda abierto mecánicamente a todo acreedor, o no hay forma de distinguirlo de concretos medios de protección creditual cuando tiene que cobijarse en figuras que tienen otro cometido y justificación.

Todo lo cual significa que, pese a los importantes avances que en la gestación del recurso subrogatorio se producen en el *ius commune*, todavía estamos lejos de su formulación genuina y propia, todavía resta mucho para que quede nítidamente plasmado el principio *debitor debitoris, est debitor meus*.

4. DERECHO FRANCÉS HISTÓRICO

El paso definitivo se dará con el *Droit coutumier* francés, incluida la utilización del término «subrogatoria» para referirse a la acción que competiría a los acreedores para ejercitar los derechos de sus deudores, aunque,

quizá, semejante paso no tenga la antigüedad que algunos juristas galos pretenden atribuir a la figura.

Parece que hacia el siglo xm pasa a Francia desde Italia el criterio de que la garantía que ostenta el acreedor sobre los bienes, derechos y acciones de su deudor se conforma como una cláusula de estilo en toda clase de actos documentados; y ello, como dice D'AVANZO, habría facilitado la aceptación del principio *qui s'oblige oblige le sieu*, que tanto para el Derecho italiano como para el Derecho francés se suele poner como fundamento de la subrogatoria. Al reconocer casi de manera mecánica a todo acreedor una prenda general sobre los *bona, nomina et actiones debitoris*, no se le puede negar la facultad de ejercitar los derechos y acciones si se quiere mantener la sustancia de semejante garantía genérica, por lo que la conexión entre ésta y la subrogatoria no puede ser más evidente al presentarse la una como presupuesto y consecuencia de la otra (64).

A lo que cabe advertir, según antes se ha señalado, que si la conexión fuera tan natural y determinante, similar efecto debería haberse producido en el Derecho medieval italiano, en donde surgen las cláusulas de garantía y su modulación como cláusulas de estilo, y, sin embargo, ya se ha visto que no fue así, aparte de que mientras nos sigamos moviendo en el campo hipotecario, por más mecánico e indiscriminado que resulte el mismo, siempre existirá un obstáculo insuperable: el tránsito de la garantía real a un mecanismo genérico de tutela institucional de los derechos de crédito.

Lo cierto es, empero, que la tentación para admitir el precedente claro en el Derecho francés antiguo resulta fuerte a la vista de las expresiones tajantes de diversos autores. Así, BRUXÓN considera que el denominado *praetorium pignus* era un derecho que el pretor concedía a los acreedores para permitirles ejercitar las acciones de su deudor, y que esto era «una especie de subrogación»; y en el mismo sentido, TAMBOUR recurre al auxilio de las *Exceptiones Petri* para el Delfinado, la *Coutume de Bretagne* y la *Summa Rurale* para defender la antigüedad del mecanismo recogido en el artículo 1.166 del *Code Napoléon* (65).

Primera reflexión que suscita esta visión de las cosas: no nos hallamos muy lejos del *pignus in causa iudicati captum*, en cuanto se trataría de un derecho concedido por el magistrado en fase de ejecución del crédito, algo que nos aleja indefectiblemente de la rigurosa concepción del mecanismo subrogatorio. Segunda reflexión: da la impresión de un claro ejercicio de anacronismo al revés, pues se llama subrogación al supuesto, no porque fuera así entonces, sino porque ahora lo conceptuamos y denominamos de esa manera.

(64) D'AVANZO, *La surrogatoria*, op. cit., pág. 18.

(65) ZUCCONI, «L'origine...», loc. cit., pág. 778.

¿Cabe considerar en consecuencia, tal como hace SACCO, que el Derecho francés histórico, lejos de conocer una acción subrogatoria conocía simplemente una sujeción general de las acciones y derechos del deudor para la conservación y satisfacción de los créditos? (66). Pues sí y no, porque si bien parece cierto que todavía no estamos en presencia del pleno recurso subrogatorio y nos seguimos moviendo bajo el manto de la pignoración real, no lo es menos que empiezan a aparecer indicios de la conformación autónoma del instituto, como cuando BASNAGE habla de una «subrogación natural» para referirse a la posibilidad que tienen los acreedores de ejercitar los derechos de sus deudores (67).

De todas maneras, los indicios se multiplican. Diversas sentencias de Parlamentos franceses admiten que el acreedor, aunque sea quirografario, siempre que no cuente con otro medio para cobrar puede ejercitar una demanda de rescisión por causa de lesión, haciendo valer los derechos del propio deudor; asimismo, deviene jurisprudencia constante que los acreedores pueden aceptar las sucesiones abiertas a favor del deudor, dando caución de liberarlo de toda carga.

En todas estas hipótesis, considera ZUCCONI, el ejercicio de los derechos del deudor tiene un contenido bien diverso de la pignoración cerca de terceros, porque demandar la rescisión de la venta por lesión enorme, aceptar una herencia o reclamar la legítima no produce otro efecto que hacer adquirir al patrimonio del deudor un bien o un conjunto de bienes que sin el ejercicio efectuado por el acreedor se habrían perdido (68).

Sin duda que el campo se iba despejando y que la aparición del recurso genérico de la acción subrogatoria a favor de todo acreedor y por el solo hecho de serlo se veía progresivamente facilitada, pero quizá, sin que quepa hablar todavía de manifestaciones concretas del instituto general, sino más bien al contrario, la aceptación de éstos y otros parecidos supuestos van preparando el camino para que una posterior inducción generalizadora permita la consagración principista de la figura subrogatoria.

Quizá tenga parte de razón SACCO cuando advierte que los supuestos considerados admiten otras interpretaciones al margen de la subrogatoria, ya que en ellos nos encontramos en el ámbito de la acción revocatoria, que es autónoma de aquélla, o bien en virtud de que en Francia la herencia se adquiere *ipso iure* aunque el heredero tenga derecho a repudiarla, el acreedor se limitaba a impugnar la procedente renuncia del sucesor *monis causa* (69); pero ello no debe hacernos olvidar que en los casos considerados la doctrina

(66) SACCO, // *potere...*, op. cit., pág. 50.

(67) BASNAGE, *Traite des hypothèques*, Rouan, 1702, págs. 377 y sigs.

(68) ZUCCONI, «L'origine...», loc. cit., pág. 779.

(69) SACCO, // *potere...*, págs. 54 y sigs.

contempla la actuación del acreedor no tanto en función de un hipotético *consilium fraudis* del deudor, sino como una forma de evitar que las acciones y omisiones de éste provoquen su debilitamiento patrimonial y no pueda atender cumplidamente a la satisfacción de sus débitos.

No estaremos, por tanto, ante la plena y meridiana consagración de la figura, pero si se merodea en torno a ella se intuye su presencia, se advierte su necesidad y la formulación general de la misma se va produciendo con la poderosa lentitud de todo acontecimiento histórico de importancia (y éste, ciertamente, lo es en el ámbito jurídico de la mejor y más amplia protección de los derechos de crédito). Así, LABBÉ advierte que en el Derecho francés antiguo no era necesario seguir el orden de bienes para llegar a la subrogación, aunque piense también que sí era precisa, en cambio, la cesión de la acción del deudor, por más que los acreedores la pudiesen actuar útilmente y obtener que el Juez les subrogase en su ejercicio cuando el deudor no consintiere (70); y LEBRUN recordará que los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor y se pueden subrogar a tal efecto cuando el deudor rehúse ejercitarlos él mismo «porque semejante omisión constituye fraude manifiesto», aunque, una vez más, se pague innecesario tributo a la acción revocatoria (71).

Por otra parte, por muchas que sean las reticencias y cautelas y por más que se estime como un precedente aislado que no tiene reproducción en otras *coutumes* francesas, existe un artículo 345 de la *Coutume de Normandie* que habla de que en ciertos casos el Fisco u otro acreedor se puede «subrogé au droit de l'ainé», y que comentando este artículo DOMAT advierte que es común al Derecho romano y al Derecho consuetudinario francés que los acreedores puedan ejercitar todos los derechos y las acciones de sus deudores (72).

Prescindiendo de la inexacta referencia al Derecho romano, lo cierto es que las palabras de DOMAT van a reproducirse, primero, en el artículo 1.166 del *Code* y, luego, en el artículo 1.234 del *Códice* con absoluta fidelidad, cuando estos preceptos asientan que «para la consecución de lo que se les debe los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y todas las acciones del deudor, salvo los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor». ¿Hubiera sido ello posible si de manera previa no hubiera tenido lugar en el Derecho francés el proceso tendente a conformar semejante poder general de los acreedores? Cuando el codificador francés consagra semejante fórmula legal dicho proceso ya está consumado a través de una serie de etapas

(70) LABBÉ, «De l'exercice des droits d'un débiteur par le créancier», en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, IX, 1856, págs. 215 y sigs.

(71) LEBRUN, *Traite des successions*, París, 1692, págs. 154 y sigs.

(72) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, págs. 165 y sigs.

que aunque no exclusivas, ni mucho menos, del Derecho francés, sí, empero, tienen en él su más aguda y caracterizada plasmación.

Estas etapas son, como es sabido, la paulatina configuración de la hipoteca general sobre los bienes del deudor como cláusula de estilo en todos los actos documentados, que otorga a los acreedores quirografarios algo que aunque no es en sí el recurso genérico de la acción subrogatoria se le parece tremendamente y, desde luego, facilita sobremanera su aparición y admisión sin forzamiento alguno.

Subrogarse en el ejercicio de los derechos del deudor en el Derecho romano era harto complejo y exigía el cumplimiento de precisos requisitos, mientras que ahora ya no se consideran necesarias la condena del deudor, la confesión del subdeudor y la insolvencia del primero acreditada por la previa ejecución de sus bienes, y, por tanto, son los acreedores los que pueden directamente sustituir al deudor incumpliente.

Y, en fin, la paulatina difuminación de la exigencia de que era precisa la cesión de acciones por parte del deudor para que el acreedor pudiera dirigirlas contra el *debitor debitoris*. ¿Era suficiente este proceso para la definitiva proclamación del instituto? SACCO considera que no y estima que en todo ello no hay otra cosa que el reconocimiento del principio romano «tu hermano no ha podido obligar contra tu voluntad tu porción en la cosa que ha dado en prenda, quedando obligada hacia su acreedor únicamente la suya» (73); incurriendo en palmaria exageración cuando defiende que ni siquiera cabe estimar que el recurso está totalmente conformado en la fórmula del artículo 1.166 del Código Civil, sino que sólo nacerá en la jurisprudencia francesa del siglo xix y, en concreto, a partir de la sentencia de la Casación de Francia de 18 de febrero de 1862 que enuncia la máxima fundamental de que cuando los acreedores ejercitan los derechos del deudor no le privan del poder de disposición sobre los mismos (74).

Tan malo es pecar de historicismo excesivo como de antihistoricismo exagerado, pues negar que la evolución que experimenta en el Derecho francés histórico la posibilidad de los acreedores de ejercitar los derechos y acciones de su deudor supone la definitiva consagración del instituto subrogatorio, en el fondo e incluso en el nombre es negar una evidencia que, por la razón que sea, no resulta correcto sustraer el acervo de las realizaciones jurídicas meritorias del Derecho francés.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(73) C. 8, 21, 1.

(74) SACCO, *II potere...*, op. cit., págs. 71 y sigs.