

# APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

## Derecho de Obligaciones

**XVI JORNADAS** DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL  
ZARAGOZA, 16 Y 17 DE NOVIEMBRE DE 2012



EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA



# **DERECHO DE OBLIGACIONES**

**XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**  
Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012





# **DERECHO DE OBLIGACIONES**

**XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**  
Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012

**SERVICIO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE MURCIA  
2013**

---

Derecho de obligaciones/  
XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil  
Zaragoza 16 y 17 de noviembre de 2012.  
Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2013.  
375 p. (Editum Estudios de Derecho)  
ISBN: 978-84-15463-74-0  
Derecho civil-Congresos y asambleas.  
Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones.

---

1ª Edición 2013

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2013



ISBN: 978-84-15463-74-0  
Depósito Legal: MU-176-2014  
Impreso en España | Printed in Spain

Imprime: F.G.Graf, S.L.  
fggraf@gmail.com

# Índice

<b>Presentación</b> .....	7
---------------------------	---

## **Ponencias**

La subrogación por pago del tercero.....	11
<i>Carlos Lasarte</i>	
Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión).....	193
<i>Juan Roca Guillamón</i>	

## **Comunicaciones**

La pretendida subrogación del deudor solidario <i>solvens</i> : ¿Una errónea intelección del ordinal tercero del artículo 1210 del Código civil?.....	283
<i>Salvador Carrión</i>	
Subrogación por pago -voluntarioso o forzoso- del tercero hipotecante.....	317
<i>Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla</i>	
Tres cuestiones sobre el pago de un tercero.....	337
<i>Pedro del Olmo García</i>	
La dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda hipotecaria.....	357
<i>Francisca Ramón Fernández</i>	





## PRESENTACIÓN

La presente publicación recoge las ponencias y comunicaciones que se desarrollaron durante la celebración de las XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que tuvieron lugar en Zaragoza durante los días 16 y 17 de noviembre de 2012 y que giraron en torno al Derecho de obligaciones. A pesar de lo vasto del campo de prospección, la Junta Directiva de la APDC optó en aquella ocasión por no acotar ámbitos específicos de análisis, pues, al ser tantos y tan cruciales los interrogantes que plantea este sector de nuestro ordenamiento privado, prefirió dejar al buen criterio de los participantes la selección de las materias a tratar. Esta arriesgada estrategia se ha revelado finalmente acertada, ya que, como enseguida comprobará el lector, el libro acoge, en lo que a ponencias se refiere, dos valiosísimas aportaciones que, precisamente por ostentar un signo diverso, dotan de equilibrio al resultado final: mientras una de ellas constituye un paradigma de lo que ha de ser el análisis de una institución singular (al modo en que tradicionalmente se hace en nuestra disciplina), la otra, sin descender al estudio de figuras concretas, aporta una rica visión de la compleja situación que vive hoy el Derecho español de contratos a raíz de los avances legislativos de la Unión Europea en la materia por medio de sus directivas y reglamentos.

La primera de aquellas ponencias, obra del Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez –Catedrático de Derecho civil de la UNED–, examina con detalle el régimen que nuestro Código civil dispensa al fenómeno del pago de una deuda por tercero y a uno de los efectos que, en ocasiones, queda anudado a él: la subrogación. Según es sabido, cuáles sean el contenido y los límites de los derechos subjetivos contemplados en el artículo 1158 CC, cuál sea la

exacta naturaleza jurídica de la subrogación y cómo se integran aquellos y esta constituyen extremos doctrinalmente muy debatidos, sobre los que el trabajo del Dr. Lasarte arroja una esclarecedora luz. La segunda ponencia, por su parte, corrió a cargo del Dr. D. Juan Roca Guillamón –Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Murcia- y lleva el expresivo título de “*Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)*”. Como indica su autor, este segundo trabajo tiene por objeto, ante todo, realizar una exposición crítica de la trayectoria del proceso armonizador del Derecho de contratos en Europa, mas poniéndolo en relación con los problemas que derivan de la dualidad legislativa civil y mercantil existente en España y la conveniencia de su unificación y modernización, así como con aquellos otros que surgen de la diversidad de legislaciones civiles en tanto pudieran afectar a la unidad de mercado.

Junto a dichas ponencias, también se leyeron y debatieron en el seno de las Jornadas diversas comunicaciones, las cuales aparecen igualmente recogidas en la publicación que ahora presentamos; así, la del Dr. D. Salvador Carrión, en la que se examina la subrogación del deudor solidario *solvens*; la del Dr. D. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, sobre subrogación por pago del tercero hipotecante; la del Dr. D. Pedro del Olmo García, en la que se analizan tres cuestiones diversas sobre el pago por tercero presentes en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, finalmente, la de la Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> Francisca Ramón Fernández, que examina la dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de la deuda hipotecaria.

En fin, no podríamos cerrar estas breves líneas sin dejar expresa constancia de nuestro agradecimiento a los compañeros del Área de Derecho civil del Departamento de Derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza por la calurosa acogida dispensada a todos los congresistas y, en especial, a su Directora, la Dr.<sup>a</sup> D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán, sin cuyo esfuerzo y dedicación no hubiera sido posible la celebración de estas XVI Jornadas. Agradecimiento que ha de hacerse extensivo asimismo a cuantas instituciones prestaron entonces su colaboración: la propia Universidad de Zaragoza, El Justicia de Aragón e IberCaja.

*Junta Directiva de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*

# **PONENCIAS**



# LA SUBROGACIÓN POR PAGO DEL TERCERO

CARLOS LASARTE

*Catedrático y Director del Departamento de Derecho civil de la  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid-España)*  
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

*SUMARIO:* I. ASPECTOS SUBJETIVOS DE LA RELACION OBLIGATORIA  
1. La intervención de terceros en el cumplimiento de las obligaciones. 2. Objeto del presente estudio. 3. Generalidad de las expresiones impersonales. 4. Admisibilidad del pago del tercero: el interés del acreedor. 5. El interés del acreedor y el supuesto del artículo 1161 del Código civil. Crítica de la rígida asimilación entre ambos. 6. Referencia a la Compilación navarra. 7. Análisis inicial de los artículos 1158 y 1159 del Código civil. II. PAGO DEL TERCERO REALIZADO CON CONOCIMIENTO DEL DEUDOR Y PAGO CON SUBROGACION. 1. El conocimiento del deudor como presupuesto del derecho de reembolso ex artículo 1158-2º. Crítica. 2. Reembolso y subrogación convencional. 3. La subrogación legal como efecto automático del pago del tercero realizado con conocimiento del deudor. 4. La ejecución de la prestación debida por un extraño: la admisibilidad del pago hecho por terceros. 5. La relación entre el *solvens* y el deudor: subrogación o reembolso. 6. El pago del tercero en la reciente jurisprudencia. III. LA SUBROGACION DEL *SOLVENS* QUE TENGA INTERES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. 1. El significado de la expresión “tener interés en el cumplimiento de la obligación”. 2. Una posible interpretación: ambivalencia de la expresión. Crítica. 3. El significado de la expresión en los precedentes inmediatos del Código civil. Conclusión. IV. LA SUBROGACION DEL ACREEDOR QUE PAGA A

OTRO ACREEDOR PREFERENTE. 1. “Successio in locum” y “beneficium cedendarum actionum”. 2. Origen doctrinal de la moderna subrogación por pago. 3. Las peculiaridades del ordenamiento jurídico español en la materia objeto de estudio. 4. Las nociones de acreedor preferente y acreedor *solvens*. 5. Preferencia y privilegio: consideraciones de carácter general. 6. Exposición y crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1977. 7. La preferencia como género y el privilegio como especie. 8. La condición no privilegiada de los acreedores contemplados en el párrafo tercero del artículo 1924 del Código civil. 9. Preferencia y privilegio: breve estudio comparativo del Proyecto isabelino, Ley de enjuiciamiento civil y Código civil. 10. Alcance de la preferencia de los créditos ex artículo 1924-32 del Código civil. 11. Preferencias y privilegios tras la Ley concursal de 2003: especial consideración de los créditos escriturarios y de los reconocidos en sentencia. 12. El efecto subrogatorio del pago al acreedor preferente y la condición de tercero del acreedor-*solvens*.

V. LA SUBROGACION DEL TERCERO NO INTERESADO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION. 1. Caracterización general del supuesto de hecho por contraposición a los dos anteriores. 2. Conocimiento y aprobación del deudor. 3. El pago del tercero realizado con conocimiento del deudor en la Compilación navarra. 4. Carácter legal de la subrogación. 5. Inexistencia de *iter presuntivo* en el artículo 1.210 del Código civil. 6. La subrogación legal en las aportaciones monográficas contemporáneas. 7. La STS 18/2009, de 3 de febrero. 8. Sujetos de la obligación, interposición de persona y tercero. 9. Gestión de negocios ajenos y pago del tercero.

BIBLIOGRAFIA.

## I. ASPECTOS SUBJETIVOS DE LA RELACION OBLIGATORIA

### 1. La intervencion de terceros en el cumplimiento de las obligaciones

Normalmente, en la práctica, el pago o cumplimiento de las obligaciones suele ser realizado por la persona que a ello quedó obligada en el momento constitutivo de la relación obligatoria, con independencia de la causa de que esta última proceda (y, al respecto, cfr. art 1089 CC). A su vez, el momento extintivo que el cumplimiento de la obligación supone (cfr. fund. art. 1156 CC), implica la satisfacción del interés del acreedor, quien en consecuencia ha de ser el receptor de la prestación realizada por el deudor (cfr. art 1162 CC, primer inciso).

Quiere ello decir, pues, que, de acuerdo con los ordinarios presupuestos subjetivos de la relación obligatoria (determinación de los sujetos o, al menos, determinabilidad futura de los mismos) en el momento del cumplimiento, deudor y acreedor estarán legitimados por el ordenamiento jurídico para exigir y hacer efectivos los derechos y obligaciones que de la obligación constituida se derivan.

Como es de todo punto evidente, la relación obligatoria es inconcebible privada de su base subjetiva, aunque nuestro Código civil abra el Libro IV (*De las obligaciones y contratos*), definiéndola desde una perspectiva puramente objetiva: “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (art. 1088), que posteriormente se ve reiterada en numerosos preceptos; los cuales, al regular diferentes aspectos de la misma, parecen prescindir absolutamente de los llamados elementos personales, utilizando formas gramaticales del impersonal a veces muy significativas. Baste tomar como botón de muestra el artículo 1157 que, al entender pagada una deuda “cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía” parece privar de importancia a la persona que lleve a cabo la entrega de la cosa o la realización de la prestación debidas.

Es obvio, sin embargo, que tales fórmulas legislativas (así como otras muchas que pudieran traerse a la palestra) no podrían ser coherentemente interpretadas desde la clave anteriormente apuntada. Constituyen simplemente manifestaciones de una economía gramatical inherente al legislar (o, por lo

menos, familiar a los legisladores decimonónicos), a la que el intérprete debe estar agradecido. Y la primera manifestación de tal agradecimiento quizás hubiera de plasmarse en evitar deformaciones de dicha técnica legislativa, procedentes de interpretaciones excesivamente forzadas o desproporcionadas.

Así pues, aunque aquí pudiera resultar interesante hacer una serie de cábalas acerca de la objetivación u *objetivización* de la relación obligatoria que, en cierto sentido, facilitasen la aparición de un tercero en el momento de cumplimiento de la obligación, ello ha de descartarse desde este preciso instante.

La serie de definiciones o de prescripciones legales que, al silenciar los sujetos, pudieran ser tachadas de objetivas, no hacen más que partir de un presupuesto estructural necesario de la relación obligatoria: la existencia de dos (o varias) personas que, respectivamente, asumen el papel de acreedor y deudor.

Por otra parte, ello no constituye un dato característico únicamente de la relación obligatoria -propia y técnicamente entendida- sino de la relación jurídica en general, como consecuencia o corolario ineludible del carácter social del Derecho que, desde la emisión del conocido brocardo *ubi societas, ibi ius*, constituye un dato admitido y resaltado por la generalidad de los autores. Carácter social del Derecho que, prescindiendo ahora del Derecho público, se traduce en las relaciones jurídico-privadas en la regulación y ordenación de los intereses personales contrapuestos y que, en consecuencia, toma su punto de partida de la propia existencia de la persona como sujeto de derechos y de obligaciones.

Mas si todo lo anterior es acorde con la configuración de la relación obligatoria de que hace gala nuestro Código civil y, sobre todo, con la inmensa mayoría de los supuestos que la práctica ofrece, es indudable que el propio Código civil permite alterar el “esquema subjetivo” inicialmente configurado en el momento de constitución de la relación obligatoria (recuérdese de nuevo el art. 1089, aunque se insistirá fundamentalmente en las obligaciones dimanantes del acuerdo entre los particulares), independizando en cierta forma los protagonistas del cumplimiento de la obligación de los propios sujetos de la obligación.

Para demostrarlo basta recordar el tenor literal de los artículos 1158 y 1163-2º del Código civil. La segunda de dichas normas, estudiada



monográficamente por el profesor ROCA JUAN<sup>1</sup>, al indicar que “será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor”, está dirigida, pues, a regular la eficacia del pago realizado por el deudor a una persona que, en principio y como regla, es extraña a la relación obligatoria causa de dicho pago, estableciendo como criterio decisivo a este respecto la utilidad del acreedor.

El artículo 1158, por su parte, se refiere precisamente a un supuesto de hecho que constituye el reverso del anterior: el cumplimiento de la obligación llevado a efecto por una persona, hasta entonces, extraña a la relación obligatoria y recibida por el acreedor. Pero, aunque por razones de simetría (esa simetría formal tantas veces defendida en relación con las cuestiones más diversas) entre ambas figuras así pudiera pensarse, el Código civil no utiliza ahora como determinante de la validez del pago, como regla general, la utilidad del deudor, sino que juega con una serie de variantes que puestas mutuamente en conexión acarrear consecuencias muy diversas; pero, en todo caso, con una característica común: no están referidas a la validez o invalidez del pago hecho por el tercero, sino a las relaciones subsiguientes entre tercero o *solvens* -término este último que, fundadamente, goza de la simpatía de la doctrina, aunque algunos autores lo castellanicen hablando de *pagador*<sup>2</sup>- y deudor<sup>3</sup>.

---

1 Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor (Notas al artículo 1163, párrafo 2º del Código civil, en Anuario de Derecho civil, 1968, pago 283 ss.

Como se ve, ya en el propio título destaca el profesor ROCA JUAN la circunstancia de que el pago estudiado satisfaga la utilidad del acreedor, idea que constituye el nervio del artículo. En pg. 313, aparte de indicar otros datos que muestran tal utilidad, precisa que la función satisfactoria del interés del acreedor exige que la utilidad producida sea equivalente a la que le hubiera producido el cobro directo: tal utilidad es equivalente si ambos créditos (deudor-acreedor y acreedor-tercero) son de la misma naturaleza, que el objeto sea la misma cosa o la misma cantidad de cosas iguales y que el crédito que el tercero tiene contra el acreedor sea líquido, vencido y exigible.

Desde 1971 se cuenta también, en lengua castellana, con la obra de SCHLESSINGER (*Il pagamento al terzo*, Milano, 1961), traducida, peor que mejor, por A. DE LA ESPERANZA (quien, curiosamente, introduce dedicatoria en pag. XI) y publicada por la Ed. Revista de Derecho Privado.

2 Así, por ejemplo, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 11ª ed. revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1974, habla de pagador y cobrador, sin duda para resaltar que solvens y accipiens pueden no coincidir con deudor y acreedor. También, en la doctrina foral, cfr. SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, tomo IV-12, Ed. Gómez, Pamplona, 1974, pg. 264.

Siendo el vocablo correcto desde el punto de vista gramatical, la doctrina contemporánea lo ha condenado al ostracismo, de manera tal que hoy puede considerarse un término arcaizante al que raramente se recurre en la actualidad, salvo la excepción, posiblemente única, de HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Bosch, Barcelona, 1983, *passim*.

3 Pero, por cuanto se refiere a la eficacia y validez del pago del tercero, sigue imperando sin duda

En efecto, los términos de absoluta generalidad en que ha sido redactado el primer párrafo del artículo 1158, admitiendo que “puede realizar el pago cualquiera persona” no permiten en modo alguno ser interpretados en el sentido de que cualquier persona puede fáticamente realizar el pago (cosa que, aunque la ley no lo dijese, sería evidente) sino en el de que dicho pago ha de ser considerado válido jurídicamente por admitir expresamente la ley la intervención de una tercera persona en el momento de cumplimiento de la obligación.

Los restantes párrafos del artículo 1158 y el artículo 1159 no tienen otra virtualidad (lo que no es poco) que regular las consecuencias dimanantes del pago realizado por el tercero. Para ello atienden a las diferentes situaciones en que puede encontrarse el deudor frente al pago del tercero: desde la ignorancia misma del hecho (art. 1158-1º, *in fine*; art 1159), hasta la aprobación del mismo (art. 1158.1º y 2º, primer inciso), pasando por las situaciones intermedias que posteriormente se desglosarán con mayor detenimiento.

De manera tal que puede decirse incluso que el legislador hubiese mostrado una mayor corrección sistemática si hubiese reducido el artículo 1158 a su primer párrafo, adjuntando los dos posteriores a cuanto dispone el artículo 1159.

En tal caso, el contenido del artículo 1159 podría haberse expresado de la forma siguiente:

“El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado.

Sin embargo, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos cuando el deudor ignore el pago.

El que pague en nombre del deudor contra su expresa voluntad sólo podrá repetir del mismo aquello en que le hubiera sido útil el pago”, respetando, como puede comprobarse, tanto los términos cuanto el mandato vertidos por el legislador en los artículos 1159 y 1158-2º y 3º.

---

la utilidad del acreedor, aunque los artículos 1150 y 1159 no hagan mención expresa de la misma, en atención a que el mandato normativo no tiene por qué plasmar fehacientemente la ratio de que parte.

## **2. Objeto del presente estudio**

Mas, naturalmente, no se trata en estas páginas de proponer correcciones de estilo que, aunque fuesen de todo punto evidentes, dejaran el mandato legislativo inalterado; ni de proponer la modificación de un conjunto de normas que, por cierto, han sido objeto de muy escasa atención por parte de la doctrina hasta los años finales del siglo XX en los que la joven doctrina española ha dado a las prensas una decena al menos de obras señeras, cuyas líneas fundamentales de desarrollo trataremos de incorporar a nuestro estudio, aunque manteniendo su estructura original y básica, cerrada con anterioridad a 1980.

Por defecto o por exceso, las hipotéticas tareas a las que nos hemos referido en el párrafo anterior resultan escasamente atractivas para el autor de estas páginas.

El objetivo inicial del presente trabajo era ciertamente mucho más modesto y rígido que el que impondrían las tareas reseñadas; las cuales permitirían, sin duda, mayor originalidad y chispa que la interpretación del sistema positivo vigente.

Con todo, el punto de partida y llegada del presente estudio pretendía reducirse a plantear las consecuencias que se derivan de la oposición del deudor al pago del tercero (supuesto contemplado, según ya se ha visto, en las normas objeto de comentario), de la oposición del acreedor (caso en el que, como es sabido, es necesario enfrentarse al vacío legislativo) o de la oposición conjunta de ambos.

Es innecesario subrayar que, no habiendo previsto el Código civil la posible oposición del acreedor, el último supuesto relacionado queda también falto de regulación y, de otra parte, que la solución al problema planteado parece excluir, aunque sea de forma apriorística e instintiva, el mecanismo simplista de sumar las conclusiones obtenidas por separado al analizar, respectivamente, la oposición del deudor y el del acreedor.

No obstante, una vez inmerso en el estudio de la terna, es evidente que el desarrollo del mismo exige de forma ineludible partir de los datos

legislativos ofrecidos expresamente por el Código civil. Y, por suerte o desgracia, la interpretación de los mismos ha resultado más espinosa, sugerente y rica de lo que *prima facie* pudiera parecer. Tales circunstancias me han llevado al convencimiento de que, como premisas del estudio proyectado, se han de analizar las diferentes actitudes que puede adoptar el deudor frente al pago del tercero, aunque sólo sea por el hecho de que a fin de cuentas es lo único que el Código civil regula de forma expresa.

De manera tal que las páginas que ahora se hacen públicas no se dedican al desenvolvimiento del objetivo inicial que me había propuesto (y que reenvío a una “segunda entrega”) sino que se dirigen primordialmente a plantear las diversas actitudes en que se puede encontrar el deudor en relación con el pago del tercero en los términos desarrollados en el punto siguiente. Del análisis y la sistematización realizados al respecto, parece emerger el convencimiento de que, por razones históricas (que paulatinamente irán apareciendo, el pago del tercero no da lugar, como regla, a una mera acción de reembolso en favor del *solvens*. Antes bien, resulta que las relaciones entre los supuestos legales de subrogación y el pago del tercero son mucho más estrechas de lo que comúnmente se afirma; aunque a veces sólo se haga por omisión, por no realizar un examen lo suficientemente detenido del origen y significado del mandato contenido en el artículo 1210 del Código civil español.

Atendidas dichas razones, tan pobremente expuestas ahora, el presente estudio se limita, por razones varias (algunas de ellas puramente coyunturales), de un lado a sentar las premisas metodológicas que se consideran oportunas para realizar un amplio estudio monográfico del pago del tercero en Derecho español -figura que, por cierto, hasta el momento presente ha merecido mayor atención por parte de los estudiosos de Derecho financiero y tributario que por los propios iusprivatistas<sup>4</sup>. De otro lado

---

4 Con la salvedad del profesor DIEZ-PICAZO, quien se ha ocupado monográficamente del tema (con todo, desde la perspectiva fiscal, como indica el propio título) en su estudio sobre La extinción de la deuda tributaria, en Revista de Derecho financiero y Hacienda pública, 1964, págs. 467 ss.

Entre los fiscalistas (y citando sólo aquellos que se han ocupado concretamente de dicho tema), pueden verse: DIEZ ALEGRIA, La extinción de la obligación tributaria, en la misma Rev. págs. 41 ss.; FERREIRO, La extinción de la obligación tributaria, id., 1968, págs. 1015 ss. (posteriormente, en su manual *Curso de Derecho financiero español*, Ed. del Instituto de Estudios Fiscales, 12 y 22 ed., ambas de 1975, vid. respectivamente las págs. 485 y 493, idénticas, donde resume su posición propia, recogiendo naturalmente la novedad

y en correspondencia con el título del trabajo ahora redactado, se estudian a continuación con cierto detalle los supuestos de subrogación legal conocidos por el Código civil español para poner de manifiesto la adecuación o inadecuación de los mismos a las premisas fijadas en relación con el estudio del pago del tercero en general.

No obstante, antes de abordar los problemas recién expresados y que constituyen el objeto central de estas páginas, parece conveniente, hacer una serie de consideraciones introductorias que permitan desarrollarlos armónicamente y ofrezcan un armazón lógico a la estructura del presente estudio y de su anunciada continuación.

### 3. Generalidad de las expresiones impersonales

La primera de ellas, hacer justicia a las numerosas expresiones impersonales que el Código civil utiliza al regular la materia que doctrinalmente recibiera la denominación de “*Teoría general de las obligaciones*”, precisamente con la finalidad de adaptar el mandato normativo en que tales expresiones aparecen al mayor número de supuestos posibles. Es decir, dotando a tales normas de una adaptabilidad general o, si se prefiere, de una generalidad adecuada al conjunto normativo a que se está haciendo referencia. Si se toma de nuevo como punto de referencia la disposición del artículo 1157, en el que se indica que el pago de la deuda se produce (como regla general; se dan por supuestas las llamadas “formas especiales

---

legislativa representada por el art. 11 del Reglamento general de recaudación); con mayor concreción al tema, PEREZ ROYO (Fernando), *El pago de la deuda tributaria por un tercero*, en Civitas. Revista española de Derecho financiero, núm. 2, págs. 233 ss. y *El pago de la deuda tributaria*, en la misma Revista, núm. 6 págs. 269 ss. estudio más general, pero donde también insiste sobre el tema.

De otra parte, conviene ya adelantar aquí que la mayor parte de las veces que el Tribunal Supremo se ha enfrentado con el tema del pago del tercero lo ha hecho precisamente en supuestos de hecho que venían dados por el pago de obligaciones tributarias por personas que a ello no se consideraban obligadas. Ni que decir tiene que la llamada en causa de los artículos 1158 y 1159 del Código civil se ha hecho en tales casos de una forma más instrumental que otra cosa y que, en todo caso, predicar para tales supuestos de hecho la subrogación del *solvens* deviene no ya artificioso y perturbador, sino sencillamente inadecuado (conclusión ésta que es la fundamental de los estudios citados del profesor PEREZ ROYO, en los que el lector apresurado puede ver una visión panorámica de las diversas posturas anteriormente mantenidas y una acertada y personal toma de posición sobre el tema). Evidentemente, el estudio de la cuestión requiere un mayor detenimiento desde el momento en que el artículo 17 del Reglamento general de recaudación ha asumido prácticamente el contenido de los artículos 1158 y 1159 del Código civil; requiriendo, así, un análisis de mayor precisión, que no cabe realizar aquí.

de pago”) como consecuencia de entregar la cosa o hacer la prestación objeto de la obligación, se entiende ahora que -admitida la intervención de terceras personas en el cumplimiento de la obligación, sea como sujeto activo o pasivo- su redacción resulta mucho más perfecta que si se hubiese visto completada con la referencia a los sujetos de la obligación.

#### 4. Admisibilidad del pago del tercero: el interés del acreedor

De otra parte, parece conveniente recordar desde ahora mismo que, si bien ello resulta sorprendente para toda persona profana en Derecho, la admisibilidad de la realización de la prestación por un tercero no es privativa del ordenamiento jurídico español, ni característica exclusiva de los Códigos civiles contemporáneos.

Al contrario, puede afirmarse que la validez del pago por tercero ha sido tradicionalmente admitida por el Derecho privado desde los tiempos romanos<sup>5</sup> hasta nuestros días. La justificación de su admisibilidad, se resalta de forma unánime, radica en que, una vez constituida la obligación (cfr. de nuevo, el art 1089 CC), el cumplimiento de la misma tiene un único punto de mira: la satisfacción del interés del acreedor<sup>6</sup> y, en consecuencia, resultando indiferente a este último quien asuma el papel de solvens, la

---

5 Como lo admite pacíficamente la doctrina, aunque se discuta sobre puntos concretos.

Cabría aquí recordar al menos un célebre pasaje de GAYO: “Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et invito nos facere posse, deteriore non posse” (D. 3, 5, de negotiis gentis, 38), que sienta reglas fundamentales en la materia y que se han perpetuado en los diversos ordenamientos.

Para la cuestión, aparte de las obras institucionales (cfr. por ej., IGLESIAS; *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, 5ª ed., E. Ariel, Barcelona, 1965, págs. 483 ss.; ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 4ª ed., Ed. R.D.P., Madrid, págs. 432 ss.), resulta de gran utilidad el artículo de B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, en los Studi Bonfante, tomo IV, págs. 341 ss. Discusiones aparte, destaca el autor alemán en pg. 444 (tras haber puesto de manifiesto que “... die Schuld und die Schuldnerfüllung im älteren und Klassischen römischen Recht einen streng persönlichen Charakter trag” y que, por consiguiente, la intervención del tercero parecía requerir “eine Beziehungswizchen ihm und dem schuldner, die ihm das Recht gab, debitoris nomine zu zahlen” que, desde luego, “Im justinianischen Recht liegt die Sache ganz anders. Hier gilt der Satz ungeschränkt, dass der Schuldner auch durch Zahlung seitens eines Dritten befreit wird. Eine besondere Beziehung zwischwn dem Schuldner und dem Drittzahler wird nicht mehr verlangt...”).

6 Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pg. 131. En la página siguiente indica textualmente que “lo decisivo, desde su punto de vista, que es el que ahora toma en consideración el ordenamiento jurídico, es satisfacer su propio derecho.

Vid. también LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II-1*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, pg. 84.

intervención de un tercero en el cumplimiento de la obligación ha de considerarse válida<sup>7</sup>.

Mediante ella se consigue el objetivo previsto por el acreedor, aunque sea con independencia de la voluntad e incluso del conocimiento del deudor; circunstancias que, de acuerdo con lo expresamente previsto en los artículos 1158 y 1159, resultan irrelevantes respecto de la eficacia del pago del tercero si el acreedor -tal y como se viene presuponiendo- tiene interés en recibir la prestación, provenga de quien provenga<sup>8</sup>. Supuesto que, sin duda alguna, en caso de realizarse un estudio estadístico ocuparía un porcentaje altísimo en relación con el cumplimiento de cualesquiera obligaciones. Además existen también indicios varios de que semejante razonamiento constituyese el punto de partida de la regulación del Código civil en la materia.

---

7 Como ya pusiera de manifiesto con especial énfasis MANRESA, la declaración del artículo 1158 “responde a un principio casi universalmente admitido en lo esencial por las legislaciones extranjeras y por la antigua de nuestra patria, y pareciendo una excepción a la regla de que las obligaciones constituyen un orden de derecho particular, limitado en su extensión a los obligados, a pesar de lo cual aquella excepción permite la injerencia de un extraño en el efecto esencial culminante del cumplimiento que el pago supone, es, sin embargo, indudable que esta injerencia y esa excepción encuentran sólido fundamento en que mediante ellas se pueden realizar más fácilmente los legítimos derechos del acreedor con beneficio notorio para éste y posible para el deudor, a quien por tal medio no se le ocasionan perjuicios, ya que la ley cuidadosamente lo evita”; *Comentarios al Código civil español*, 2ª ed. corregida y aumentada, tomo VIII, Madrid, 1907, pg. 255.

8 El deber de colaboración es una consecuencia del principio de la buena fe; basado en distintos orígenes, también ha sido refundido en el sistema de principios del futuro derecho contractual europeo. Si no ejecuta este deber habrá incumplido, de modo que no es tanto un deber como una de las obligaciones (vid., DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, pág. 158 y CABANILLAS, op. cit.) y en todo caso, fuerza a las partes a colaborar en el cumplimiento de lo pactado (ibidem, pág. 157 y sigs.) En suma, la finalidad propia es la de conseguir la plena efectividad del contrato (ibidem, págs. 23 y 309) y, específicamente, por lo que a los deberes de conducta que pesan sobre el acreedor uno de ellos es el de facilitar la liberación del deudor. En este sentido y en buena lógica, la doctrina que comparte los planteamientos dogmáticos del sistema jurídico privado alemán también recurre, al expediente del programa de la prestación para sustentar la transmisibilidad del lado pasivo de las relaciones obligatorias (Sentido ratificado por las modificaciones del B.G.B. donde con la reforma del derecho de rescisión por prestación parcial se impide que el acreedor pueda ejercer dicha posibilidad en los casos en que la lesión del programa de la prestación sea parcial (vid., ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.”, cit., pág. 1.179). En suma, el nuevo 241.2 del B.G.B. delimita el contenido de los deberes de la relación obligatoria incluyendo el deber de protección y el de prestación (vid., LAMARCA I MARQUÉS, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret*, 1, 2002, pág. 5).

## 5. El interés del acreedor y el supuesto del artículo 1161 del Código civil. Crítica de la rígida asimilación entre ambos

Así parece deducirse del tenor literal del artículo 1161: “en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”. Esta norma permite sostener que, como excepción a la regla general de admisibilidad del pago del tercero -tajantemente declarada en el artículo 1158-1º-, aparecen las obligaciones de hacer transidas de un carácter personalísimo. Porque no basta que la prestación consista en un hacer, sino que, además, es necesario que las cualidades y condiciones personales del deudor hubiesen sido tenidas en cuenta en el momento de constitución de la relación obligatoria<sup>9</sup>. Como es obvio, y de acuerdo con las reglas generales, este último extremo podrá dimanar tanto del pacto expreso en tal sentido (fundamentalmente, ex art 1255), cuando de la propia naturaleza de la obligación (id., ex art 1258) en atención al conjunto de circunstancias configuradoras de la misma. Aquí huelga naturalmente desarrollar esta última idea.

En cambio, sí interesa resaltar que únicamente aquellas obligaciones que implicasen una prestación personalísima (o, si se prefiere, de carácter personalísimo) legitimarían al acreedor para rechazar el pago o cumplimiento.

Conclusión que incluso podría encontrar apoyo en el primer inciso del artículo 1161, realizando una interpretación literal *a contrario*: la redacción negativa de la norma, junto con el hecho de ser el único artículo en que se reconoce al acreedor la posibilidad de rechazar la prestación del tercero, llevan por senda derecha a deducir que, en cualquier otro tipo de obligación, “el acreedor podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero”<sup>10</sup>. El artículo 1161, pues, es claramente reversible e interpretado así acarreará, consiguientemente, de forma ineludible, un problema complementario de difícil solución en nuestro sistema jurídico positivo: la admisibilidad de la consignación en caso de oposición por el acreedor al pago del tercero<sup>11</sup>, que ahora no cabe más que

---

9 Así, por todos, BELTRAN DE HEREDIA; *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pg. 132.

10 Entre otros, vid. tal razonamiento en BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pg. 133.

11 Cabe reseñar en términos generales el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del



---

deudor como consecuencia de la cesión del contrato o de la posición contractual activa, toda vez que si el deudor no ha de intervenir en dicha cesión, tampoco ésta debe perjudicarse como *res inter alios* que es (Vid., GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993, pág.222).

Sobre este punto relativo al pretendido empeoramiento de la condición del deudor, ha de tenerse presente que una de las concreciones de la protección de la parte más débil resulta ser, precisamente, la imposibilidad de empeorarla. Permite al antiguo sujeto pasivo cuando se ventile la reclamación del que haya pagado por él, excepcionarle la compensación y la prescripción, con la finalidad de limitar la acción de reembolso a lo que se haya sido útil. Otro fenómeno de raíz común y consecuencias, por el contrario, distintas de esta genérica prohibición del empeoramiento de la situación del deudor en cuanto a los resortes que asisten al sujeto pasivo primitivo, es la controvertida regla de la negación por parte del beneficiario de una ventaja ofrecida. En este sentido, la falta de relevancia del sentir del deudor relevado hace inaplicable aquella vieja regla en que se puede beneficiar a alguien incluso contra su deseo ya que como se ha comprobado, la asunción de deuda por parte de un tercero autoriza también a éste a reclamar después al primitivo sujeto pasivo. De modo que no hay liberalidad y, por tanto, ni se le ofrece la posibilidad de aceptarla ni la de rechazarla.

Así y por su parte, la *Resolución de 25 de febrero de 1992 de la Dirección General de los Registros y el Notariado* -en un asunto sobre una donación con reserva de usufructo vitalicio en favor del donante y sucesivamente en su esposa- estima el recurso contra la denegación de la cancelación del usufructo hecha por el donante al no constar ni la aceptación de la reserva del usufructo de la esposa, ni la renuncia a esta reserva hecha en su favor. Argumenta para ello que la resolución de las cargas o la reserva de la facultad de disposición son límites al derecho donado y no "derechos adquiridos por tercero, pues *invito beneficium non datur*", procediendo, por tanto, la cancelación no sólo del usufructo sino también de la reserva del mismo en favor de la esposa que no había aceptado la donación del derecho del real goce. En definitiva, cobra consistencia el hecho de que al deudor no le asiste ninguna posibilidad jurídica para oponerse al cambio de acreedor y que, en definitiva, no es de aplicación este principio no tanto porque se le imponga cuanto porque, como ya se ha dicho, no recibe como donatario ningún valor positivo, sino única y exclusivamente la liberación del actual acreedor pero no de la deuda. Ni siquiera atendida la regla de que no es posible imponer liberalidades a quien no quiera recibirlas (FLORENSA I TOMÁS recoge dos reglas del Derecho romano clásico a las que da aplicación en el caso de la condonación y que resultan también indirectamente en el caso del cambio de deudor no querido por el deudor: No se da beneficio alguno a quien no lo quiere, [D.50.17.69 (*Paul., de adsig. Libert 9*)]; No se puede adquirir una donación si no se quiere [D.39.5.19.2 (*Ulp. 76 ed*)] [*vid., La condonación de la deuda en el Código civil. (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 1996, pág. 165. También *vid., FUENTESECA, La condonación de deudas*, madrid, 2003, pág. 69 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Madrid, 1986].

Regla que, a la vista de lo anterior, no es aplicable toda vez que no podemos entender que sobre el deudor primitivo se haya operado una donación sin la correlativa aceptación. Es también dudosa su aplicación, incluso, cuando en el ánimo del nuevo deudor se haya ideado la operación como liberalidad para favorecer al antiguo deudor (En este punto, la doctrina contemporánea a la entrada en vigor del Código civil español, fundándose en los principios romanos (GAYO, D.46.3.53 y POMPONIO D.46.3.23) sostenía que la condición del que ignora y aun del que no quiere, puede ser mejorada (*vid., BOFARULL, op. y loc. cit*) ya que en su momento podrá consignar la prestación en favor del nuevo titular del derecho de crédito y si, incluso, éste se opone a recibir la prestación habrá que estar a las consecuencias del juicio declarativo en que se ventile la consignación contradictoria. El mencionado principio de la falta de relevancia jurídica de las liberalidades no aceptadas por el beneficiario, contrasta con el tradicional entendimiento romano de que sí es lícito mejorar a un sujeto incluso contra su voluntad. *Invitus liberari potest*, es decir, que puede ser liberado contra su voluntad (D.46.3.23). Conviene clarificar su sentido y su limitado ámbito de aplicación ya que el mencionado principio se refiere y circunscribe al pago del tercero, *solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possunt*, por lo que no atañe a la donación, sino única y exclusivamente, a la liberación forzosa del deudor de la relación que le vinculaba con su acreedor. En síntesis, autoriza la intervención del extraño aun contra los deseos del deudor; ahora bien, el pago del tercero no impide que el sujeto liberado se vea ahora vinculado con su nuevo acreedor (en el mismo sentido, GAYO D.46.3.53, *solvere pro ignorante et invito cuique licet*, o la mejora de la posición de alguien incluso contra su voluntad). En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963 -en un supuesto de transmisión íntegra al acreedor del patrimonio del

apuntar<sup>12</sup>. En virtud del razonamiento esquematizado en el párrafo precedente, estructurado en base a la bipolarización regla/excepción que es objeto de expresa formulación por algunos de nuestros mejores civilistas<sup>13</sup>, dando un paso más y de forma casi insensible se llega de inmediato a la asociación inescindible y exclusiva entre interés del acreedor en que el deudor -precisamente él- cumpla o pague y el supuesto contemplado en el artículo 1161. O, expresado al revés, a una identificación absoluta de la posibilidad de rehúse del pago del tercero y, por ende, habrá de aceptar la realización de la prestación por el tercero. De no admitirla, podrá compe- lérselo a ello, si se acepta la interpretación a contrario del artículo 1161<sup>14</sup>.

---

deudor-, distingue la novación de la donación, ya que con la donación desaparece el vínculo anterior (*Vid.*, el pago efectuado por un tercero y su reputación como donación en el Código civil portugués). BOFARULL en los albores de la codificación, recurriendo al Derecho romano, sostenía que el fundamento del cambio de deudor conociéndolo el deudor e incluso contra su voluntad se basa en el principio de que la condición del que ignora, y aun del que no quiere, puede ser mejorada (L. 8, &5, tít. 2, lib. 46 Dig.: L.53, tít. 3, lib. 46 Dig.) (*vid.*, *Código civil español, según la Novísima edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los Códigos extranjeros, II*, Madrid, 1989, 3ª ed, pág. 364). Pese a la contradicción manifiesta con la donación y, que en suma, deba ser entendido en los términos ahora expuestos, MORETÓN SANZ, "Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del código civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales", ADC, LXI, 2008, págs. 619 y sigs.

12 En puridad y atendiendo a las prescripciones de la todavía vigente jurisdicción voluntaria, podrá consignar la prestación en favor del nuevo titular del derecho de crédito y si, incluso, este se opone a recibir la prestación habrá que estar a las consecuencias del juicio declarativo en que se ventile la consignación contradictoria. En los casos en los que, promovido expediente de consignación judicial, ésta resulte rechazada por la parte acreedora, se declara el expediente contencioso por lo que una vez devuelta la consignación a la parte que interesó la incoación del procedimiento voluntario, le queda expedita la vía correspondiente según cuantía (*vid.*, en este punto el asunto ventilado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, en que el acreedor cesionario de un crédito con garantía hipotecaria, recurrió la denegación de estar bien hecha la consignación efectuada en el expediente de jurisdicción voluntaria). También pueden tenerse como referencia los artículos 119 y sigs del decaído Proyecto de Ley sobre la Jurisdicción voluntaria (MORETÓN SANZ, "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato", RCDI,)

13 Cfr. ya MANRESA, *Comentarios*, cit., pg. 259; CASTAN TOBENAS, *Derecho civil*, cit., págs. 327 y 328; ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, tomo III, 3ª ed., pg. 129, quien identifica en los artículos 1158-12 y 1161 dos principios opuestos: "posibilidad de pagar un tercero", e "imposibilidad de hacerlo" cuando perjudique al interés del acreedor"; BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pg. 132.

14 "En este sentido, PUIG BRUTAU, tras recoger el tenor literal del artículo 1236-12 del Código civil de Filipinas ("el acreedor no está obligado a aceptar el pago o cumplimiento de una tercera persona que no tiene ningún interés en el cumplimiento de la obligación, excepto cuando exista estipulación en contrario"), entiende que lo establecido es tal precepto en el Código civil español está referido solamente a las obligaciones de hacer. Cfr. *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 1, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pg. 266.

Sin embargo, parece que la cadena de silogismos hasta ahora esbozada, comporta conclusiones que no pueden resultar satisfactorias para el intérprete. Un par de ejemplos tal vez puedan facilitar, más que la comprensión por el lector, la explicitación del hilo argumental que se está siguiendo y pretende desarrollarse. Imagínese que Clara, dado el grave aprieto económico en que se encuentra su cuñada Ana, le presta medio millón de pesetas, cantidad que permite a la segunda de ellas seguir haciendo frente a los costes de un establecimiento comercial que regenta (alquiler y limpieza del local, luz, teléfono, etc.). Realizado el préstamo de forma pura, en base a la profunda amistad y recíproca confianza existente entre ambas, y, por consiguiente, siendo exigible desde luego (cfr. art 1113 Ce), Lucrecia decide realizar el pago. ¿Podrá verse compelida Clara a aceptarlo? Descendiendo al terreno comercial y, en consecuencia privado del acusado carácter filantrópico que puede caracterizar el anterior supuesto, piénsese en una relación de suministro entre dos importantes empresas en virtud de la cual “Manufacturera S.A.” debe una nada exigua cantidad de dinero, como consecuencia de una temporal falta de liquidez. Sin embargo, dado que MASA tiene un volumen de negocios tal que le ha hecho convertirse en el mejor cliente de PROSA, esta última no se decide a reclamar temporáneamente el pago, ante el temor de que MASA decida romper las relaciones comerciales existentes entre ambas; relaciones que, en atención a sus respectivas capacidades empresariales, permiten pensar en un halagüeño futuro. ¿Podrá verse compelida PROSA a recibir el pago que un tercero -por ej., una empresa competidora de cualquiera de ellas- pretenda realizar de la deuda existente?

Parece claro que si la interpretación anteriormente indicada del artículo 1161 ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias, ambos interrogantes habrán de encontrar una respuesta afirmativa. Mas igualmente puede afirmarse, rechazando tal solución, que en los supuestos reseñados y fundamentalmente en el último de ellos -del que, por cierto pudiera decirse, además, que no es precisamente utópico-el interés del acreedor no coincide de forma necesaria con el mero hecho objetivo -es decir, con independencia del sujeto que lo realice- de la recepción de la prestación, a pesar de tratarse de relaciones obligatorias cuya prestación no implica un hacer personalísimo.

En cualquiera de ambos casos puede denotarse la existencia de intereses inherentes al acreedor que han de ser salvaguardados (evitando la intervención del solvens que, en virtud de su iniciativa personal, pretende extinguir la obligación existente), al representar para el acreedor algo prevalente frente al puro dato de prontitud en el pago que pudiera implicar la intervención del tercero. Algo que en los ejemplos utilizados se determina con claridad meridiana: la concordia de las relaciones familiares en el primer caso y la expectativa de beneficios comerciales futuros en el segundo; circunstancias ambas que sin duda son objeto de protección por el ordenamiento jurídico y cuya valoración no se ve por qué haya de concluirse que no interesan al acreedor, cuando pueden haber constituido un dato determinante o un motivo impulsivo para la celebración del negocio jurídico de que la obligación dimana. En esta línea cabría preguntarse -con MANRESA- si cabe excluir la posibilidad de un pago por tercera persona mediante un convenio especial.

A pesar de que el renombrado comentarista, páginas atrás, ha establecido que la relación entre los artículos 1158 y 1161 es de regla a excepción, se pronuncia por la afirmativa, razonando que “nada hay que se oponga a la licitud de tal pacto entre acreedor y deudor, y haciéndose así la obligación personalísima, aquel no puede ser compelido a recibir el pago de un extraño, y si lo acepta, y con ello origina algún perjuicio al deudor, debe indemnizarle”<sup>15</sup>. Llevando la argumentación más lejos, cabría plantear igualmente la posibilidad de que, sin necesidad del referido convenio especial (que, para MANRESA, en el contexto, equivale a pacto expreso), el acreedor pudiese repeler el pago del tercero, atendiendo a un pacto entendido (esto es, de suficiente claridad para las partes, aunque no hayan llegado a formularlo expresamente, como ocurriría en el primer ejemplo) o a otras circunstancias de exclusiva valoración por el acreedor (como las referidas en el de los ejemplos), sobre todo cuando éste actuase de acuerdo con las reglas de la buena fe (o, lo que es lo mismo para el interrogante planteado, sin ánimo de perjudicar al deudor) y el tercero fuese realmente tal (sin actuar, por tanto, como representante, mandatario, auxiliar, delegatario.... del deudor).

---

15 MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, cit., pg. 260.

Atendiendo a lo anterior, quizás la hipótesis de que la rígida asimilación pretendida doctrinalmente entre el supuesto regulado en el artículo 1161 y el posible interés del acreedor en oponerse al pago del tercero no puede aceptarse de forma indiscriminada, comportando que la interpretación *a contrario* antes referida lleve a la conclusión propuesta de que cuando no se trata de obligaciones de hacer personalísimas el acreedor podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, según pudiera deducirse del artículo 1161 en virtud del mecanismo simplista de convertir su redacción negativa en positiva.

Si se piensa detenidamente, quienes proponen semejante conclusión no hacen otra cosa que otorgar una extraordinaria fuerza expansiva una norma que, anteriormente, han calificado de excepcional frente a la regla general de admisibilidad del pago del tercero. Desde un punto de vista lógico, tal razonamiento supone que la regla general viene explicada en atención a la excepción, en cuanto el campo de aplicación del artículo 1158 se delimita sobre la base del precepto contenido en el artículo 1161. Y, a pesar de lo extendido que se encuentra doctrinalmente semejante planteamiento, no parece del todo correcto.

Es evidente que en el supuesto contemplado por el artículo 1161 no existe interés alguno para el acreedor en recibir la prestación de una tercera persona y, por ello, el Código civil le faculta o legitima para rechazarla, dictando semejante consecuencia de manera expresa. Se trata de un tipo de obligaciones en las que su propia configuración exige, por principio, la exclusión de la intervención de terceras personas en el pago, al haberse considerado determinantes las condiciones personales del deudor<sup>16</sup>.

Ahora bien, que en los supuestos subsumibles en el artículo 1161 falte el interés del acreedor en recibir la prestación del tercero no tiene por qué implicar, de forma necesaria, que en el resto de las obligaciones el acreedor sí tenga interés en recibirla o que, de no tenerlo, ello haya de resultar jurídicamente irrelevante. Si el punto medular del problema al que se viene haciendo referencia se hace radicar en el interés del acreedor (tanto

---

16 Una posible sustitución del deudor, pactada convencionalmente -lo que, como es obvio resulta perfectamente posible, supone tanto como que la obligación de hacer dejaría de ser personalísima, al menos con respecto al primero y principal obligado

en general cuanto en la letra y espíritu del artículo 1161), no se comprende bien por qué semejante criterio no haya de ser tenido en cuenta al interpretar las normas que regulan con carácter general el pago del tercero: los artículos 1158 y 1159.

El tenor literal de dichas normas se caracteriza por silenciar el extremo referente al posible interés del acreedor en recibir la prestación del tercero; el único punto de referencia es el deudor, ya que se parte de la base o se presupone que el acreedor desea verse satisfecho y, por tanto, como regla general, no se opondrá a la intervención del tercero. Pero, atiéndase a que ello en todo caso ni lo dice expresamente el artículo 1158, ni es estructuralmente necesario, ni viene impuesto de forma ineludible y general por los principios que rigen la relación obligatoria. De tal manera que, hasta ahora, lo único que puede afirmarse es que el precepto contenido en el artículo 1158 presupone el interés del acreedor en recibir la prestación del tercero, pero no excluye la posibilidad de oponerse el acreedor a la intervención del tercero<sup>17</sup>.

---

17 Esta cuestión sobre los pactos internos de inadmisión de las interferencias de tercero, han sido ventiladas en sede judicial admitiéndose su validez jurídica, al margen de la habitual cláusula de estilo recogida en el ámbito de lo administrativo. Así “Cuestión distinta es que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, hayan resuelto de común acuerdo la autoimposición de la intransmisibilidad de una o de todas las obligaciones integradas en una relación obligatoria (Vid., la Resolución de 16 de marzo de 1981, que aprueba los pliegos generales de condiciones económico-administrativas y técnico-facultativas que habrán de regir necesariamente para la contratación por los Consorcios para la gestión e inspección de las Contribuciones Territoriales, o por las Corporaciones locales, de los trabajos para la formación, conservación y revisión de los Catastros Urbano y Rústico. En su artículo 13, se establece la radical prohibición de la novación subjetiva, en los siguientes términos: “queda absolutamente prohibida la novación subjetiva del contrato, por cesión del mismo a terceros. La subcontratación de trabajos parciales por parte del contratista, sólo es posible si aquélla fue consignada en su momento de manera explícita, bien por referencia a los trabajos, bien, incluso, por consignación del o los subcontratistas en la oferta efectuada al particular en la licitación”). De hecho es el supuesto que se ventila en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975 dado que en la asunción de las obligaciones se había incluido la siguiente cláusula de intransmisibilidad en la que las vendedoras “no tendrán más acción que la persona contra la Sociedad Compradora” de modo que “excluyendo toda eficacia de carácter real que pudiera afectar a tercero y marginando tanto de la operación en sí como su relación con el objeto vendido de las consecuencias del posible incumplimiento”. En definitiva, prospera el recurso de casación interpuesto por la Entidad asumente de las obligaciones ya que como “pudo constatar [en el Registro de la Propiedad] que las discutidas obligaciones eran de carácter personal”, comprobó la intransmisibilidad de dichas obligaciones pendientes (También las obligaciones futuras ya que, por extensión, como el artículo 1.824 del Código civil advierte para la fianza: “la fianza no puede existir sin una obligación válida.- Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad.- Exceptúase de la disposición del párrafo anterior el caso de préstamo hecho al hijo de familia”. Y sigue el artículo 1.825 declarando “puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida”. En este sentido y sobre la fianza de cosa futura, vid., la Sentencia del Tribunal

## 6. Referencia a la Compilación navarra

Antes de pasar al punto siguiente, considero oportuno recordar aquí que, como se sabe, la actual Compilación de Navarra (1 de marzo de 1973) dedica la Ley 497 a regular el pago por terceros, según la rúbrica de la propia Ley. Naturalmente será objeto de consideración a lo largo de estas páginas, pues su regulación no es del todo coincidente con las prescripciones del Código civil y no sería suficiente una mera transcripción. Por cuanto ahora interesa, se ha de subrayar que la bipolarización que, en principio, parece seguir el Código civil entre obligaciones de hacer de un lado y, de otro, todas las demás, no parece posible de acuerdo con el precepto navarro. En el primer inciso del mismo se indica que “cuando, por su naturaleza o pacto, la obligación no requiera un cumplimiento personal del deudor, podrá ser cumplida por un tercero, incluso sin conocimiento del deudor”.

Por tanto, la circunstancia de que el cumplimiento haya de ser realizado personalmente por el deudor -con exclusión del hipotético pago del tercero- no se deriva sólo de la naturaleza de la obligación (término que verosímilmente haya de ser interpretado como expresivo de la condición personalísima de una obligación de hacer), sino también del pacto en tal sentido. Y este último no tiene por qué ser referido, con exclusividad, a las obligaciones de hacer, sino que puede personalizar otras obligaciones que, a priori, no sean estructuralmente personalísimas<sup>18</sup>. Conclusión ésta que, además, es perfectamente acorde con el principio general de la autonomía privada, sancionado en la ley 7 de la Compilación navarra bajo el tradicional bocado de paramiento fuero vienze, y la regla de la ley 8 de que “en razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas”.

---

Supremo de 13 de octubre de 2005)” (vid., MORETÓN SANZ, “Obligaciones novables: examen de la expromissio y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales”, Homenaje al Prof. CUADRADO, Madrid, 2008).

18 SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, cit., págs. 265 ss., se limita a transcribir la ley 497 de la Compilación, coincidente -salvo una ligera variante de estilo-con la 511 de la Recopilación privada, sin más que recoger, antes, la doctrina del Derecho romano sobre el particular

## 7. Análisis inicial de los artículos 1158 y 1159 del Código Civil

Hechas las observaciones anteriores y partiendo de la hipótesis apenas esbozada de que, en relación con la actitud del acreedor frente al pago del tercero, el Código civil no hace más que presuponer una conducta favorable del mismo a dicha solutio, parece llegado el momento de realizar un análisis más detallado del contenido normativo de los artículos mencionados. Para ello, presupuesto el interés del acreedor en recibir la prestación, se ha de indicar ante todo la absoluta irrelevancia de las actitudes que pueda desplegar el deudor frente a la validez del pago realizado por el tercero. Cuestión esta última que, por descontado, no significa que el pago del tercero genere siempre las mismas consecuencias, pues los artículos 1158 y 1159 diversifican varios supuestos de hecho, a los que se atribuyen diferentes efectos jurídicos<sup>19</sup>.

Desmenuzando a la letra los artículos referidos, puede señalarse que el Código civil se refiere en tales normas, de forma expresa, a tres supuestos de hecho diferentes:

- 1º El deudor conoce y aprueba el pago del tercero (art. 1158-1º)
- 2º El deudor ignora el pago del tercero (art. 1158.1º), y
- 3º El deudor se opone expresamente al pago del tercero (art. 1158.2º),

los cuales, siendo irrelevantes respecto de la *validez* del pago, no pueden tener otro punto de mira que señalar las consecuencias dimanantes de cada uno de ellos, en relación con los derechos que al *solvens* cabe esgrimir contra el deudor por haber pagado<sup>20</sup>.

---

19 Circunstancia que, naturalmente, no ha escapado al análisis doctrinal. Cfr., ahora por todos, HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960 (hay reimp. posterior), págs. 290 ss.

20 Desde una perspectiva diferente, puede cfr. HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 290-291, quien prefiere enumerar como comprendidos en el artículo 1158-1º los siguientes casos:

1º) que medie el consentimiento expreso del deudor, como exponente de una previa aprobación.

2º) que el consentimiento sea meramente tácito.

3º) que la aprobación se produzca a posteriori, a virtud de un asentimiento expreso o tácito.

4º) que medie sólo un conocimiento, sin la aprobación expresa ni tácita; y

5º) que ni siquiera media tal conocimiento, como ocurre cuando el deudor ignora el pago. Pero esta última hipótesis hay que excluirla por ahora a los fines de una ordenación sistemática, ya que el efecto a ella



En perfecta concordancia con la enumeración anterior, algunos autores han señalado que tales derechos se plasman, respectivamente, en:

- a) la subrogación del *solvens* en la posición del acreedor,
- b) una acción de reembolso, y,
- c) una acción *in rem verso*.

mientras que otros, reduciendo los dos últimos supuestos a la unidad prefieren hablar genéricamente de una acción de reembolso o de forma más correcta, de un *derecho de reembolso*, que en el tercero de los casos indicados se vería limitado a la utilidad que el pago haya reportado al deudor.

Naturalmente, la primera de dichas consecuencias no se deduce del artículo 1158 (ni del 1159), sino del artículo 1210.2º que, al disponer que *se presumirá la subrogación cuando pague un tercero, no interesado en la obligación, con la aprobación expresa o tácita del deudor*, permite establecer dicha conclusión hipotética sin mayores dificultades. Admitido ello por la generalidad de la doctrina, se pone de manifiesto una profunda interrelación entre el artículo 1158 y el artículo 1210.2º, referido al pago con subrogación:

- el artículo 1158, de un lado, enuncia los diversos supuestos de hecho y determina los efectos jurídicos de algunos de ellos (ignorancia del pago y oposición al mismo);

- el artículo 1210.2º, referido también al pago del tercero, establece la subrogación en el supuesto de hecho restante (conocimiento y aprobación del pago por el deudor).

Ahora bien, la enunciación del artículo 1158 no agota los posibles supuestos de hecho de pago del tercero, omitiendo en concreto la mención del caso en que, sin mediar aprobación, el deudor conozca el hecho del pago.

Frente a tal circunstancia, caben dos posturas fundamentales, señaladas doctrinalmente desde antiguo y que podría esquematizarse así:

---

incorporado es distinto”.

- para la primera, el pago conocido (aunque no aprobado) por el deudor comportaría un mero derecho de reembolso ex artículo 1158, 22, primer inciso<sup>21</sup>; mientras que,

- para la segunda, dicho supuesto podría incardinarse en la aprobación tácita del artículo 1210-22 y acarrear, por tanto, la subrogación del *solvens* en el lugar del acreedor<sup>22</sup>. Armonizándolas, se ha dicho también que ambos efectos pueden coexistir simultáneamente, si bien “la titularidad de ambos derechos es cumulativa: pero no su ejercicio... Si se opta por el reembolso no procede instar la subrogación, y a la inversa”<sup>23</sup>.

Pretiriendo ahora deliberadamente esta última opinión, la aceptación de cualquiera de ambas tesis conlleva establecer como punto de partida para el estudio del pago del tercero un tríptico de supuestos de hecho, diferenciado únicamente por el acercamiento o inclusión del pago realizado con conocimiento del deudor bien en el pago ignorado bien en el pago aprobado. De seguir la primera, habría de concluirse que el pago aprobado comporta subrogación, el ignorado y el conocido acción de reembolso y el realizado con oposición reembolso en lo útil.

La segunda atribuiría al pago conocido efecto subrogatorio, asimilándolo en consecuencia al pago realizado con aprobación del deudor.

---

21 Así según MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XIX, Madrid, 1902, pgs. 882-883 indicaba ya que “... el mismo artículo 1158 establece que podrá hacer el pago cualquiera persona, ya lo conozca o lo apruebe, ya lo ignore el deudor. Anticipándose, además, a la pregunta de lo que sucederá en el caso de que el deudor lo conozca y no lo apruebe, añade a continuación que el que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. Es lo que se decía en la ya citada Ley de Partidas: aunque el deudor lo supiese y lo contradijese”.

22 Para MANRESA, *Comentarios*, cit., pg. 256, no ofrece duda alguna “la validez del pago, conociéndolo el deudor y omitiendo expresar su conformidad; hipótesis ... en la cual puede verse incluso una aprobación tácita, aprobación que autoriza, incluso, la subrogación misma del tercero, según veremos al hablar de la novación”. En efecto, con mayor claridad, ratifica dicha opinión páginas más adelante, al indicar que “... procederá la subrogación cuando el deudor conozca el proyecto de pago y a él no se oponga; es decir, cuando lo apruebe expresa o tácitamente, y esto, ya porque el precepto excepcional de la no subrogación, contenido para caso distinto en el artículo 1159, acusa la existencia de una regla general, según la cual aquella se verifica, ya porque hay en este punto una concordancia con dicha solución en las presunciones que la ley establece cuando de la novación se ocupa” (ob. cit., pgs. 263-264).

23 En tal sentido, HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pg. 294.

En este escrito, por las razones que se irán viendo, se sigue la segunda de dichas tendencias doctrinales, sin que quepa ahora más que justificar en una primerísima aproximación la elección realizada. Como es obvio, *conocer* y *aprobar* son términos distintos. Su significación es bien diferente: si el mero conocimiento de algo deja o hace patente que ha sido percibido por el sujeto, la aprobación supone un paso más, ya que -al pasar del campo meramente gnoseológico al axiológico- requiere, por definición que el *quid* resulte interesante para el sujeto agente hasta el extremo de poner en juego sus criterios de valoración y llevarle a emitir un juicio de adecuación entre estos y aquel.

No obstante, mayor distancia separa aún a *ignorar* y *conocer* (y, por consiguiente, menos se comprende su pretendida asimilación en cuanto a los efectos dictados por el Código) que a *conocer* y *aprobar tácitamente*, como dice el artículo 1210, 2º. Conociendo el deudor el pago del tercero y no habiéndose opuesto al mismo, cosa que el Código civil permite e individualiza como un supuesto de hecho autónomo, la falta de oposición puede entenderse como una aprobación tácita del artículo 1210, 2º.

Desde este punto de vista, cabe reducir la materia a su mínimo común denominador hablando de conocimiento, ignorancia y oposición del deudor en relación con el pago del tercero<sup>24</sup>, sin perjuicio de posteriores matizaciones, pues atribuyendo efecto subrogatorio tanto al pago aprobado

---

24 En la misma línea que la seguida en el texto, cfr: en la doctrina contemporánea PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit. (1ª ed.), pgs. 268-269, pues aunque comienza intitulando el primero de dichos supuestos El tercero pagó conociéndolo y aprobándolo el deudor, finaliza su desarrollo afirmando que "si el deudor tiene conocimiento del pago que va a realizar el tercero y no se opone a nada expresa, sin duda ha de estimarse que media la aprobación tácita que, según hemos visto, es necesaria para que exista un supuesto de subrogación legal, pues tiene oportunidad de oponerse y no la aprovecha para evitar la subrogación; es decir, para que el derecho de su acreedor pase íntegramente el tercero".

La coincidencia en el planteamiento del tema con PUIG BRUTAU ha de extenderse también al fundamento de dicho punto de partida, que plasmo en las frases originales del mencionado autor: "... preferimos seguir el sistema de separar las situaciones que deban distinguirse y razonar los intereses que cada parte deba tener protegidos, en lugar de adaptarnos a la tendencia dominante de dar por supuestas la preexistencia de unas acciones que, de una manera característica e irreformable, deban acomodarse a una u otra situación... como si nuestro Derecho civil fuera un sistema de acciones" (*Fundamentos*, 1ª ed., cit., nota 17, en pags. 267-268). Observación que no recoge sin embargo PUIG BRUTAU en la 2ª edición de la obra que se viene citando (Barcelona, 1976), según parece por el hecho de que, separándose de su construcción propia ofrecida en la 1ª edición, siguiendo muy de cerca a los profesores HERNANDEZ GIL y DIEZ-PICAZO, se suma a las directrices de la doctrina dominante. Así adscribe a los supuestos deslindados en texto (y que él mismo sigue haciendo objeto de consideración en la 2ª edición), subrogación, acción de reembolso y acción in rem verso, respectivamente. Cfr: de la 2ª ed., pags. 274 ss.

como al pago conocido no parece necesario estudiarlos por separado. En fin, cabe decir que si se acepta la profunda conexión entre el artículo 1158 y el artículo 1210-2º en relación con el pago del tercero aprobado por el deudor no se comprende por qué habría de preterirse o minimizarse cuando se estudie el pago realizado con conocimiento del deudor.

## **II. PAGO DEL TERCERO REALIZADO CON CONOCIMIENTO DEL DEUDOR Y PAGO CON SUBROGACION**

### **1. El conocimiento del deudor como presupuesto del derecho de reembolso ex artículo 1158-2º. Crítica**

Como ya se ha dicho, para cierto sector doctrinal, el efecto inmediato del pago realizado con conocimiento del deudor radica en que el solvens contaría con una acción de reembolso que tiene por objeto reclamar del deudor lo que hubiese pagado (art. 1158-22). En el sentido de que el crédito del solvens se asimilaría al equivalente exacto de la presunción por él realiza<sup>25</sup>; sin que pudieran por tanto identificarse jurídicamente el crédito originario y el nuevo, nacido como consecuencia del pago. Independizado pues ambos derechos de crédito, la relación jurídica obligatoria originaria se habría de entender extinguida como consecuencia del pago y al nuevo crédito no se comunicarían las posibles garantías o privilegios que pudieran acompañar al crédito originario<sup>26</sup>.

Dicha tesis parte, sin embargo, de un punto inicial que necesita ser comprobado: que el artículo 1158-2º “esté pensando” en dicho supuesto o que, siquiera, el derecho de reembolso establecido en dicha norma constituya la regla general en caso de pago del tercero, y ninguno de ambos extremos parecen firmes si se atiende al contenido de los artículos 1158 y 1159, los cuales, al menos de forma explícita, no contemplan el pago del tercero realizado con conocimiento del deudor, según ya se ha indicado. Respecto del primero de dichos extremos, resulta obvio que difícilmente el derecho

---

25 Así, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., pg. 618.

26 En tal sentido, cfr. HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pg. 291.

de reembolso del artículo 1158-2º puede estar dirigido a señalar las consecuencias jurídicas propias de un supuesto de hecho no individualizado por el artículo 1158. Respecto del segundo, indicar que el derecho de reembolso ex artículo 1158-2º constituye la regla general no parece concordar con la diversificación de supuestos de hecho que tanto el Código civil cuanto la doctrina y la jurisprudencia realizan en relación con el pago del tercero. Salvo que el reembolso se entienda de forma tan general que comprenda las diversas pretensiones del solvens frente al deudor: subrogación, reembolso ex artículo 1158-2º y reembolso ex artículo 1158-3º; en cuyo caso, naturalmente, la cuestión se difumina y estribaría en decir algo inútil: que, en mayor o menor medida, el solvens puede repetir contra el deudor lo pagado.

Sentadas estas bases, cabe reiterar aquí que, limitando el análisis a los artículos 1158 y 1159, no pueden intentar abarcarse todos los supuestos posibles del pago del tercero, al propio tiempo que adelantar que el artículo 1158 no se refiere sólo al pago del tercero, ya que la persona que tenga interés en el cumplimiento de la obligación -como se verá más adelante- no puede considerarse tercero. El artículo 1158 en su primer párrafo, no es otra cosa que una norma descriptiva, con carácter permisivo, que se limita a señalar en general que puede hacer el pago cualquier persona (tercero o no), atribuyéndole legitimación para pagar con conocimiento y aprobación del deudor o ignorándolo éste. En semejante elenco, el primer párrafo omite una circunstancia que posteriormente recoge en el párrafo segundo: la oposición expresa del deudor; dejando definitivamente en la sombra el supuesto que se estudia: el pago realizado con conocimiento del deudor.

Al propio tiempo que describe y permite, el artículo 1158.1º sienta un dato indiscutible: que todos esos pagos, realizados como fuere, son válidos; porque si se tratara de una mera posibilidad de hecho de realizar tales pagos no hubiera debido merecer la consideración del legislador. En tal sentido, el artículo 1158.1º contiene un mandato normativo concreto referido a la generalidad de supuestos de hecho que pudieran darse. Sin embargo, cuando se trata de determinar las relaciones entre solvens y deudor dimanantes del pago, el contenido normativo de los artículos 1158 y 1159 no abarca la generalidad de supuestos de hecho, sino que reduce su campo de aplicación a los casos en que se haya pagado con oposición o ignorancia del deudor.

En tal sentido, cuando el *solvens* pague con oposición expresa del deudor, sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago (art. 1158.2.º última parte y 3.º) Y cuando pague con ignorancia de éste podrá reclamarle lo que hubiese pagado (art. 1158.2.º, primera parte), sin que pueda compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos (art. 1159); cosa que, evidentemente, tampoco podrá pretender en caso de oposición expresa del deudor.

Obviando, pues, este último caso, la conexión entre 1158.2.º y 1159 no puede comportar que la expresión el que pagare por cuenta de otro haya de aplicarse tanto al que paga con ignorancia -y legalmente no puede subrogarse- como a quien, pagando de otra forma, pueda subrogarse<sup>27</sup>. Porque en este último caso la reclamación de lo que hubiese pagado, inserta ya en la subrogación (que, por añadidura, comporta un plus), resultaría de todo punto superflua. En esta línea no parece defendible que la referencia

---

27 En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984 entabla las diferencias entre el pago con subrogación y la acción de reembolso, y las excepciones que pueden oponerse al tercero —tal y como lo hizo su directa antecedente la de 23 de junio de 1969— en el sentido de que la acción de reembolso no conlleva, como la subrogación, la pervivencia de las garantías y privilegios que acompañaban al derecho del acreedor primitivo.

La del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1991, distingue el pago con conocimiento del que se efectúa sin conocimiento o contra la voluntad del acreedor y sus efectos (En los trabajos preparatorios sobre el desarrollo del Derecho europeo, el pago por tercero, previsto en el artículo 7.106, se trata como procedimiento diferente del cumplimiento realizado por un sujeto distinto del deudor (vid., Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, págs. 309 y 331).

Por su parte, la Sentencia dictada el 18 de marzo de 1992 por el Tribunal Supremo, ratifica las diferencias manifestadas entre pago y novación, por cuanto advierte en su fundamento primero que “el contrato citado se plasma en un documento privado que no tiene acceso a ningún registro público, ni concurren en el mismo ninguna de las demás condiciones que señala el artículo 1.227 del Código civil, produciéndose los efectos que determina el artículo 1.257 del mismo cuerpo legal. Y de su propia literalidad no puede ni remotamente [rectius remotamente] deducirse, que el contenido fuera conocido por la entidad demandante, ni mucho menos que ésta consintiera el cambio de deudor, que exige el artículo 1.205 del Código civil para entender operada la novación por asunción de deuda. Más bien al contrario, si en la cláusula quinta se dispone que ‘Promotora de Productos Extremños, S.A. se compromete a abonar (no dice subrogarse, como para otro supuesto figura en la cláusula cuarta) a Construcciones Saura, S.A., Banco de Bilbao, Banco de Granada, Banesto y Esfinge, las cantidades adeudadas y que se han reseñado en el Expositivo I de este documento. Por lo que respecta a las letras libradas por Construcciones Saura, S.A. y pendientes de pago, serán atendidas cada una a sus vencimientos’; y después resulta que no aparece justificado el cumplimiento efectivo de lo allí establecido en relación con la entidad demandante, la deducción más acorde con la lógica es entender, que Construcciones Saura fue ajena a estos pactos, al no haber intervenido, participado u obtenido beneficio respecto a aquellos que directamente le pudieran haber afectado; criterio que no puede quedar contradicho por el contenido, también literal, del recibo que la vendedora-creedora expidió cuando un tercero le satisface ‘el pago de un efecto, vencimiento 28 de diciembre de 1985, a cargo de don Luís Pedro, por el local comercial sito en la DIRECCION000, número 000 de Madrid’; pago que autoriza el artículo 1.158 del Código Civil, y que en ningún caso puede suponer, por sí solo, novación”.

de carácter subjetivo contenida en el artículo 1158.2º (y, por tanto, el derecho de reembolso que a tal sujeto se atribuye) tenga un alcance general que haya de constituir el punto de partida de tales cuestiones. Al contrario, sabiendo ya que de acuerdo con el artículo 1210 el solvens, a veces se subroga, el artículo 1158.2º, en relación con el artículo 1159, sólo puede referirse a aquellos supuestos en que la subrogación no se produzca.

De otra parte, atendiendo a los posibles conflictos de intereses que los diversos supuestos de pago del tercero plantean e interpretando *a contrario* el artículo 1159, la exclusión de la subrogación legal no se establecerá en otros supuestos. No obstante, dicha interpretación *contrario sensu* no puede aplicarse de forma mecánica, pues -como se ha dicho- que se establezca expresamente sólo para el supuesto de ignorancia no implica que se admita la subrogación en el caso de oposición al pago por obvias razones. La reversibilidad del artículo 1159 ha de ser por tanto matizada. Pero, en principio, no parece que repugne en los casos de conocimiento-aprobación del pago por el deudor, en cuanto -en una primera aproximación al menos- concuerda con el artículo 1210.

Es más, quienes pretendan deducir una regulación legislativa para el caso de pago realizado con conocimiento del deudor (supuesto no deslindado expresamente en los artículos 1158 y 1159) atribuyéndole el derecho de reembolso ex artículo 1158.22, no tendrán entonces más remedio que admitir la conexión existente entre la norma últimamente citada y el artículo 1159. Y, entonces, la interpretación *a contrario* del artículo 1159 comportará que, conociendo el deudor el pago, la redacción negativa de la norma se convierte en positiva: “El que pague en nombre del deudor, sin ignorarlo éste, podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos”.

Así pues, de la mano de las consideraciones anteriores, la eficacia subrogatoria del pago del tercero realizado con conocimiento del deudor parece defendible desde una doble línea argumental.

De una parte, si se admite que los artículos 1158 y 1159 no regulan los efectos dimanantes de dicho supuesto de hecho, habría de concluirse que tales normas dictan sus reglas en relación con los supuestos de ignorancia y oposición y, en consecuencia, el pago realizado con conocimiento

del deudor habría de incardinarse en el artículo 1210-2º, con el consiguiente efecto subrogatorio.

De otra parte, si se entiende, en cambio, que tales efectos se limitan al derecho de reembolso ex 1158.2º, la inserción del supuesto de hecho estudiado en las normas de la sección del pago comportaría la admisión de la interpretación a contrario del artículo 1159<sup>28</sup> y, por tanto, el sistema de los artículos ahora considerados consistiría igualmente en atribuir eficacia subrogatoria al pago del tercero hecho con conocimiento del deudor, excluyéndola por el contrario en los ‘supuestos de ignorancia y oposición.

## **2. Reembolso y subrogación convencional**

Si desde el punto de vista del Derecho positivo puede ponerse en duda que el legislador haya establecido como regla general que el pago del tercero genera el derecho de reembolso ex artículo 1158.2º, posiblemente resulte oportuno poner de manifiesto que la regla práctica será exactamente la contraria: el *solvens* intervendrá ordinariamente cuando la posición que adquiera no signifique, jurídicamente hablando, una debilitación de la anteriormente mantenida por el acreedor originario. Salvo que se mueva por motivos de liberalidad, es decir, ‘que pague donandi causa; en cuyo caso (que tampoco cabe presumir) la virtualidad de las reglas establecidas por el legislador naturalmente estarán sobrando, por propia iniciativa del solvens.

Desde esta perspectiva, no se pretende sin embargo “sociologizar” el tema -como pudiera rebatirse, en sentido peyorativo-, sino poner de manifiesto que el propio legislador parece haber sido consciente de que el *solvens*, al pagar, tenderá normalmente a subrogarse en la posición del acreedor originario y no ha tratado con disfavor semejante actitud.

En esta línea, el precepto del artículo 1159 constituye un dato extraordinariamente significativo, ya que la ignorancia del deudor no supone ni mucho menos que el *solvens* haya de conformarse necesariamente con la acción de reembolso. Dicho precepto se limita a establecer que, en tal caso, no se da la subrogación legal y que, por ello, el *solvens* no puede compeler

---

28 La admite la sentencia de 30 de diciembre de 1931, Ar. 2330.



al acreedor a subrogarle en sus derechos. Esto es, el mero hecho del pago no comporta subrogación, lo que no quiere decir que -de acuerdo *solvens* y acreedor- la subrogación no pueda originarse convencionalmente aunque el deudor ignore el pago.

En el sistema del Código civil, la subrogación convencional es siempre posible, salvo en el caso de que el pago se haya realizado con oposición expresa del deudor. En los demás supuestos vistos, en todos, la subrogación puede pactarse convencionalmente bastando para ello el consentimiento de acreedor y *solvens*, sin necesidad de consentimiento del deudor<sup>29</sup>.

Visto ello, creo que no es excesivamente arriesgado afirmar que semejante operación constituirá la regla práctica del tráfico jurídico patrimonial, pues la mera acción de reembolso resulta escasamente interesante para quien decide inmiscuirse en una relación obligatoria ajena, adelantado -en términos económicos- el bien o la prestación que la misma tenga por objeto. Presupuesto siempre el interés del acreedor en recibir la prestación, el *solvens* intentará obtener del mismo que le subroge en la posición jurídica que ocupa y, en la mayor parte de los casos lo conseguirá, pues normalmente el acreedor o sacrificará la realización de su derecho de crédito por negarse a prestar su consentimiento a la subrogación. Sobre todo porque esta -legalmente consagrada- supone una transmisión convencional del crédito perfectamente lícita que no lesiona en absoluto los intereses patrimoniales del deudor.

---

29 A propósito, se margina la consideración, siquiera pasajera, del anómalo supuesto del art. 1211 CC, en el que la subrogación se produce no convencionalmente -como algunos autores indican implícitamente al estudiarla dentro de la subrogación convencional (cfr., por todos, CASTAN, ob. cit., 11ª ed, pg. 358)-, sino legalmente.

La coyunturalidad de dicha disposición es bien conocida. Cfr. en la doctrina española CASTAN, 11ª ed., pg. 358; DIEZ-PICAZO resume acertadamente la explicación histórica del nacimiento de dicha subrogación: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., págs. 803 y 804.

Prologada por el propio prof. DIEZ-PICAZO, vid. también Ana CAÑIZARES LASSO, *El pago por subrogación*, Madrid, 1996, obra centrada fundamentalmente en el estudio de dicho artículo 1.211 CC y con un breve capítulo final, dedicado a la Ley 24/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

La *occasio legis* de ella, como es sabido, arrancó de un artículo periodístico en La Vanguardia de Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ y A. HERNÁNDEZ MORENO (30-3-1993), según recuerda el último en el prólogo a la muy estimable obra de Lidia ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Cedcs, Barcelona, 2000 que, dado su objeto de estudio, no consideraremos en adelante con particular profusión.

Recientemente, sobre todo para considerar la reforma introducida en la Ley 24/1994 por la Ley 41/2007, de regulación del mercado hipotecario, cfr. C. LASARTE, *Derecho de Obligaciones*, 16ª ed., Marcial Pons, 2012, pgs. 180-181.

### 3. La subrogación legal como efecto automático del pago del tercero realizado con conocimiento del deudor

No obstante lo anterior, el problema abordado en estas páginas no radica tanto en plantear si el pago del tercero puede constituir el punto de arranque de una subrogación convencional -al que ya se ha dado respuesta afirmativa-, cuanto en defender que el pago del tercero conociéndolo el deudor acarrea por sí solo -es decir, atendiendo a los preceptos mencionados- la subrogación del solvens en el puesto del acreedor.

La cuestión, aparte de ser espinosa, incrementa sus dificultades si se atiende al escaso interés doctrinal demostrado respecto a la exégesis del artículo 1210, sin duda interesante, hasta los años finales del siglo XX, y, en consecuencia, a la relación existente entre los artículos situados en la sección de la novación y los contenidos en la sección del pago.

El hecho de ser, en efecto, muy escasos los estudios monográficos sobre el particular<sup>30</sup> y la circunstancia de que en las exposiciones generales del Derecho de obligaciones, por lo general, la sedes materiales de tales problemas se desdoble necesariamente -de un lado y modificación de las obligaciones de otro- favoreciendo la obscuridad de la materia con recípro-

---

30 Desde un punto de vista más general (en concreto, estudio del concepto dogmático de subrogación), cfr. el detenido estudio del Prof. ESPIN, "Sobre el pago con subrogación", R.D.P., 1942, págs. 300 y ss.; quien ha reiterado el análisis del *beneficium cedendarum actionum* (y su conexión con la moderna subrogación, surgida en el Derecho intermedio francés, en Beneficio de cesión de acciones, en NEJ Seix, 111 pgs. 323 ss. Aparte de dichos estudios, en lengua castellana el tema no ha contado con el favor de la doctrina hasta los años finales del siglo XX; cabe citar un breve trabajo de Pedro J. TORRENT, "El pago por un tercero con relación al pago con subrogación y al pago indebido", en Revista del Instituto de Derecho Civil, I, 1950, págs. 45-55, donde se analizan tales cuestiones en el Código civil argentino -no coincidente con el español en todo, como se verá-; sin embargo, desgraciadamente, no he podido consultar esta última publicación. Vid. sobre la misma una reseña de HERNANDEZ CANUT, en A.D.C., III-1950, págs. 1340, en la que me basaré cuando atribuya alguna afirmación al autor de dicho artículo.

En el momento inicial de redacción "final" y posteriormente abortada de este estudio, en 1978, se anunciaba en los catálogos de la Ed. Bosch la próxima publicación de una monografía de Alfonso HERNANDEZ MORENO sobre *El pago del tercero* que, según personal indicación del autor, comenzaría a imprimirse en cuanto realizase ciertos retoques y actualizaciones del texto correspondiente a su Tesis doctoral, hasta entonces inédita y que, por tanto, no pude consultar. Finalmente, la monografía de A. HERNÁNDEZ MORENO fue publicada en 1983, suscitando o despertando un gran interés por el tema (y, simultáneamente, no quedando exenta de crítica de la joven doctrina civilista que, a partir de los años finiseculares del XX, ha generado un buen número de estudios monográficos que trataremos de incorporar a nuestro estudio, aunque sin modificar sus líneas fundamentales de desarrollo.

cas remisiones, dificulta definitivamente la cuestión. Su estudio, sin embargo, resulta sugestivo y su importancia no es nimia, ya que de ser resuelta afirmativamente supondría limitar el campo de aplicación de la antecitada acción de reembolso al supuesto de pago por el tercero ignorándolo el deudor (arg. ex 1158-2° y 3° en relación con 1159), conclusión discordante de la mantenida -al menos implícitamente- por buena parte de la doctrina.

Por cuanto se refiere a la subrogación legal, el Código civil es notoriamente parco: como regla general, se limita a indicar que la subrogación no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en el propio cuerpo legal (art. 1209), señalando a continuación en el artículo 1210 que “se presumirá que hay subrogación: 1° Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente. 2° Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. 3° Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”.

Considerando tales preceptos, la comprobación de la hipótesis aquí planteada puede conseguirse bien demostrando que la misma se adecúa a lo previsto en el artículo 1210.2° o que ha de estimarse expresamente mencionada en este Código, según se indica al final del primer párrafo del artículo 1209.

En esta última dirección, se ha observado que si están expresamente mencionados los casos del artículo 1210, también hay una mención expresa en los arts. 1158 y 1159, citando en apoyo de tal tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1931, la cual, en la misma línea, afirmó en uno de sus considerandos que “entendido a contrario sensu el art 1159, ha de conceptuarse que el pago hecho con conocimiento del deudor, facultad al que lo realizó para compeler al acreedor a Subrogarle en sus derechos; y como la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor puede presumirse en los casos expresamente mencionados, conforme al art 1209, forzosamente ha de estimarse como uno de ellos el citado, del mismo modo que los señalados en el art 1210”.

Páginas más atrás, al realizar el planteamiento de la cuestión analizada hubo ya ocasión de considerar semejante razonamiento como un *posterius* lógico de quienes entendiesen que en los arts. 1158 y 1159 se regu-

laban los efectos del supuesto de hecho estudiado, con independencia de lo regulado en el art 1210-2º. Desde tal perspectiva, el problema se resuelve de forma afirmativa con sólo considerar que el artículo 1159 menciona la subrogación, aunque sea en una frase redactada negativamente y que acaso no esté pensada para el caso del pago realizado con el mero conocimiento del deudor, si bien la interpretación *a contrario* aporte tal resultado.

Ante tal eventualidad, conviene plantearse si se llegará a la misma conclusión partiendo de la base de que el pago del tercero realizado con conocimiento -aprobación del deudor queda comprendido en el art 1210-2º y que el razonamiento anterior -llegando, no obstante, a una solución correcta- independiza de forma equívoca el artículo 1210-2º, cuando -en rigor- su interpretación es el modo más satisfactorio de explicar el problema planteado, demostrando de forma palmaria que los artículos 1158, 1159, 1209 y 1210 forman un conjunto normativo perfectamente armonizable que, por cierto, no está referido en exclusiva al pago del tercero. Ello exige naturalmente aclarar el alcance y significado de las diversas subrogaciones legales contenidas en el último de dichos artículos. La tarea, superando el nivel puramente descriptivo, no resulta desde luego fácil, ya que entre los diversos números del artículo 1210 no existe la cerrada homogeneidad que, en principio, cupiera presumir. Por consiguiente, el acercamiento a los mismos se va a realizar por separado y, por cierto, sin respetar el orden legalmente establecido, sino siguiendo el que se ha considerado más adecuado a la estructura del presente escrito.

Con todo y con carácter previo a las consideraciones que siguen a este quinto capítulo o apartado del estudio, conviene parar mientes y hacer una recapitulación.

#### **4. La ejecución de la prestación debida por un extraño: la admisibilidad del pago hecho por terceros**

Por tanto y por extraño que, en principio, pueda parecer, el Código Civil se muestra partidario de que el cumplimiento de la obligación pueda ser llevado a efecto por cualquier persona (art. 1.158); salvo en el caso de

que se trate de obligaciones de hacer en las que la «calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación», según los términos textuales del artículo 1.161 ya tratado.

Este último tipo de obligaciones, llamadas técnicamente *personalísimas* (o *intuitu personae*, para quien guste de latines), es lógico que excluya el cumplimiento por el tercero, ya que en el momento mismo de constituir la obligación quedó claro que no era indiferente para el acreedor quién ha de ejecutar la prestación debida. Todo lo contrario: la persona del deudor fue elegida teniendo en cuenta sus peculiares arte, profesionalidad u oficio para la ejecución de la prestación debida (por ejemplo, los protagonistas de una determinada película), y resultaría absurdo e injusto que la contraparte de la obligación se hubiera de conformar con la intervención de cualquier persona, como dice el artículo 1.158.

Ahora bien, excluidas las obligaciones de hacer personalísimas, la regla general establecida por el Código Civil es que *cualquier persona* puede llevar a cabo la ejecución de la prestación, con independencia de la situación en que, frente a dicha intervención ajena, se encuentre el deudor:

- que la ignore (art. 1.158.1);
- que, conociéndola, la apruebe (art. 1.158.1), o
- que, conociéndola, se oponga a ella (art. 1.158.2).

En cualquiera de tales casos, el Código Civil considera válidamente realizado el pago y, lógicamente, da por cierta la satisfacción del crédito cuya titularidad ostentaba el acreedor. Precisamente, la idea de la satisfacción de los intereses del acreedor es el fundamento tradicionalmente argüido por la doctrina para explicar la «generosidad» y permisividad del Código Civil respecto a la intervención de terceras personas en relaciones obligatorias ajenas una vez llegado el momento temporal del cumplimiento.

## **5. La relación entre el *solvens* y el deudor: subrogación o reembolso**

Mas, si el pago del tercero cumple una función satisfactoria del interés del acreedor y éste desaparece de escena, es evidente que el deudor

no queda liberado y ha de procederse a un «arreglo de cuentas» entre el *solvens* y el deudor.

A solucionar dicho problema dedica nuestro Código Civil, fundamentalmente, los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210. Pero, realmente, lo hace con escasa fortuna y con preceptos que no constituyen un conjunto armónico o, al menos, tan armónico, como fuera deseable. Ante ello, dejando la argumentación para momento más oportuno, acaso baste señalar las consecuencias fundamentales, respecto a las relaciones entre *solvens* y deudor que puede generar el pago del tercero:

A) En algunos casos, sobre todo cuando el *solvens* haya intervenido aprobándolo el deudor, la intervención de un tercero en el cumplimiento se traduce en una sustitución del titular del derecho de crédito. Donde se encontraba antes el acreedor se coloca ahora el *solvens*.

B) Cuando el deudor haya ignorado o se haya opuesto al pago del tercero, la regla del Código radica en otorgar al *solvens* un crédito para reclamar al deudor «aquello en que le hubiera sido útil el pago» (art. 1.158.3, *in fine*); independiente, pues, del crédito ostentado por el acreedor primitivo. Esto es, la relación obligatoria preexistente ha de entenderse extinguida (en contra de lo que ocurría en el supuesto anterior), y el pago del tercero ha generado una nueva obligación, a la que los autores suelen denominar *acción de reembolso* o *acción de reintegro*, por fijarse en ella únicamente desde la perspectiva procesal.

La diferente consecuencia señalada en los dos párrafos anteriores (extinción o no de la relación obligatoria preexistente) no es desde luego una elucubración mental exenta de consecuencias prácticas, sino todo lo contrario:

— La subrogación supone que el *solvens* ocupa exactamente la misma posición que el acreedor primitivo; por lo tanto, podrá reclamar el crédito en las mismas circunstancias y con los mismos derechos y garantías (*vid.* art. 1.212) que éste.

— En cambio, la reclamación por el *solvens* en los casos de acción de reembolso ha de limitarse al beneficio o enriquecimiento líquido que el

pago haya supuesto para el deudor y que no ha de coincidir siempre y necesariamente con la actividad o el desembolso realizados por el solvens<sup>31</sup>

## 6. El pago del tercero en la reciente jurisprudencia

Como ya hemos advertido, no es fácilmente comprensible ni desde luego un fenómeno generalizado el pago del tercero, por lo que nos parece oportuno traer a colación una reciente sentencia del TS en la que el problema concreto planteado es si una sociedad limitada, constituida precisamente para pagar deudas ajenas de otra compañía mercantil, dedicada a las promociones turísticas, tiene derecho al reembolso de unos 135.000 euros pagados para cancelar diversas deudas contraídas por ésta con un ayuntamiento, la Seguridad Social y la Agencia Tributaria<sup>32</sup>.

---

31 Como docente me ha resultado eficaz este ejemplo: Agapito presta a su vecino, Diego, doscientos euros, y le exige como garantía de pago que le entregue en prenda un televisor en color. Pasados unos días el hijo pequeño de Agapito quema el viejo toldo de Diego y ambas partes llegan al acuerdo de valorar el toldo en ciento cincuenta euros y en que, en vez de reponer Agapito el toldo, Diego debe a Agapito cincuenta euros solamente. Como se ve, se trata de dos relaciones obligatorias diferentes (contrato de préstamo y responsabilidad extracontractual), pero —debiéndose ambos sujetos dinero— parece lógico que procedan a una sencilla resta (o compensación, según el término técnico adecuado) y aclarar su situación patrimonial. Llegado el momento de vencimiento del préstamo, Diego no paga los cincuenta euros, haciéndolo su primo Pedro:

— Con efecto subrogatorio: Pedro podrá continuar teniendo en prenda el televisor y reclamar a Diego los doscientos euros (aunque haya pagado, en realidad, una cantidad menor que el valor nominal de la deuda). En cuanto se refiere a la obligación extracontractual, allá se las entiendan Agapito y Diego.

— Sin efecto subrogatorio (por ignorar o desaprobar Diego el pago): la prenda deja de tener sentido por haberse extinguido la obligación principal (art. 1.857.1), estando obligado Agapito a devolver el televisor a su legítimo dueño, que es Diego. De otra parte, frente a la pretensión de Pedro de cobrar los doscientos euros (los haya o no pagado en realidad), Diego podrá oponer la compensación y afirmar correctamente que él sólo debe pagar cincuenta euros (art. 1.198.2 y 3).

32 Vid., también el comentario de MORETÓN SANZ, “No constituye abuso del derecho la constitución de una sociedad limitada para cumplir deudas ajenas: el pago del tercero y legitimidad del ejercicio de la acción de reembolso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2011)”, RdP, 2012, que concluye lo siguiente “De conformidad al artículo 1.158 del Código civil, el pago o cumplimiento de las obligaciones puede ser verificado por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, con conocimiento y aprobación, o con la ignorancia del deudor. En particular, la utilidad del pago de un tercero, efectuado sin conocimiento ni oposición del deudor, ha de ser entendida en sentido objetivo. Esto es, dicha utilidad implica el aumento del patrimonio del deudor, dada la correlativa disminución de su pasivo. En cuanto a la voluntad expresa, en contra de la intervención del tercero en el cumplimiento de sus obligaciones, ha de ser manifestada antes del pago, o a lo sumo, simultáneamente, careciendo de virtualidad a los efectos de las acciones pertinentes, la oposición evidenciada una vez formulada la demanda en la que se exige el reembolso de las cantidades abonadas. En definitiva, no supone un abuso de derecho, ni una actividad fraudulenta o antisocial, la constitución de una sociedad mercantil cuyo objeto y única actividad consista en el pago de deudas ajenas vencidas, líquidas y exigibles, con la expectativa de obtener beneficios con el reembolso de lo pagado o, en su defecto, promover la ejecución sobre los bienes inmuebles de los que sea titular el

La respuesta de la sentencia 339/2011, de 26 de mayo (Pon. Sr. Marín Castán), es la afirmativa, desestimando el recurso de casación interpuesto por la sociedad deudora y reconociendo el derecho al reembolso de la sociedad *solvens*, basándose, entre otros, en los siguientes argumentos:

« [...] del sistema del *Código Civil*, deducible de su regulación del pago por tercero (*arts. 1158 y 1159*), de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (*arts. 1203-3º y 1209 a 1213*) y de la transmisión de créditos (*arts. 1526 a 1536*), se desprende la posibilidad legal de que un tercero ajeno a la obligación obtenga un beneficio propio del pago al acreedor, siendo el ejemplo más característico el de la compra de un crédito por un precio inferior a su importe si el comprador consigue luego cobrarlo en su totalidad.

Es cierto que el pago por tercero regulado en el *art. 1158 CC* puede parecer en principio extraño a casos como el aquí enjuiciado, esto es, el de constitución de una sociedad mercantil cuya única actividad era pagar deudas ajenas con la expectativa de obtener beneficios situándose en una posición especialmente favorable para el caso de que, si el deudor no le reembolsaba lo pagado, promover una ejecución sobre sus bienes inmuebles. Sin embargo esta finalidad no puede considerarse en sí misma ilícita, ilegítima o manifiestamente anormal o antisocial porque, de un lado, la doctrina científica sí contempla, entre las muchas hipótesis que caben en el *art. 1158 CC*, la de un acreedor ordinario que pague a otro preferente para liberar un bien del deudor y promover ejecución sobre el mismo; y de otro, la utilidad a que se refiere el párrafo último de dicho artículo debe entenderse, aunque ciertamente sobre este punto la doctrina científica no sea unánime, en sentido objetivo, esto es, analizando si mediante el pago se ha producido un aumento del patrimonio del deudor mediante la disminución de su pasivo, cual sucedió en el presente caso».

« [...] la utilidad del pago debe entenderse en sentido objetivo, como disminución del pasivo, y esta disminución fue patente en el presente caso según los hechos que la sentencia recurrida declara probados. Y como quiera que a estos hechos la recurrente tan solo contrapone sus genéricas

---

deudor y situarse con preferencia para su adjudicación”.



expectativas de haber llegado a acuerdos favorables con sus acreedores, dando además por sentado que iba a lograrlos pese a que la sentencia recurrida no lo declara probado, su planteamiento no puede ser acogido porque, conforme a lo también razonado en el fundamento jurídico anterior, tales expectativas genéricas siempre existen en toda relación entre acreedor y deudor sin que por ello impidan el pago por un tercero con los efectos que determina el *art. 1158 CC*».

«Aunque las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo no generen jurisprudencia civil, sí conviene destacar que la sentencia de dicha Sala de 28 de marzo de 1978, ante un caso de deudas tributarias pagadas por un tercero, como eran casi todas las satisfechas por la demandante-recurrida en el presente litigio, declaró que *“el actuar así un tercero extraño a la deuda tributaria, no solo no actúa de modo ilegal sino que le ampara el fundamental art. 1158 párrafo 1.º del C.Civ. que como es notorio permite a un tercero realizar el pago de la deuda, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe ya lo ignore el deudor”*, siendo evidente la legitimidad del pago, *“del que únicamente se derivaría la acción de reembolso por parte del tercero que paga”*».

Desde otra perspectiva bien diferente, la extraordinaria proliferación de procedimientos concursales generados por la crisis económica de la primera década del siglo XXI ha traído consigo la aparición de numerosos supuestos litigiosos en los que la intervención de terceros como *solvens* en los concursos ha determinado el incremento de sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS dedicadas a tales cuestiones (como, por ejemplo, la 181/2012, de 26 de marzo; la 227/2012, de 17 de abril; y la 317/2012, de 25 de mayo; en todas ellas, Pon. Sr. Ferrándiz Gabriel). Pero, como es natural, resulta inadecuado extendernos en tales extremos.

Con anterioridad a ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984 concreta las diferencias entre el pago con subrogación y la acción de reembolso, y las excepciones que pueden oponerse al tercero —tal y como lo hizo su directa antecedente la de 23 de junio de 1969— en el sentido de que la acción de reembolso no conlleva, como la subrogación, la pervivencia de las garantías y privilegios que acompañaban al derecho

del acreedor primitivo. La del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1991, distingue el pago con conocimiento del que se efectúe sin conocimiento o contra la voluntad del acreedor y sus efectos<sup>33</sup>

Por su parte, la Sentencia dictada el 18 de marzo de 1992 por el Tribunal Supremo, ratifica las diferencias entre pago y novación, por cuanto advierte en su fundamento primero que:

“el contrato citado se plasma en un documento privado que no tiene acceso a ningún registro público, ni concurren en el mismo ninguna de las demás condiciones que señala el artículo 1.227 del Código civil, produciéndose los efectos que determina el artículo 1.257 del mismo cuerpo legal. Y de su propia literalidad no puede ni rematadamente [*rectius* remotamente] deducirse, que el contenido fuera conocido por la entidad demandante, ni mucho menos que ésta consintiera el cambio de deudor, que exige el artículo 1.205 del Código civil para entender operada la novación por asunción de deuda. Más bien al contrario, si en la cláusula quinta se dispone que ‘Promotora de Productos Extremeños, S.A. se compromete a abonar (no dice subrogarse, como para otro supuesto figura en la cláusula cuarta) a Construcciones Saura, S.A., Banco de Bilbao, Banco de Granada, Banesto y Esfinge, las cantidades adeudadas y que se han reseñado en el Expositivo I de este documento. Por lo que respecta a las letras libradas por Construcciones Saura, S.A. y pendientes de pago, serán atendidas cada una a sus vencimientos’; y después resulta que no aparece justificado el cumplimiento efectivo de lo allí establecido en relación con la entidad demandante, la deducción más acorde con la lógica es entender, que Construcciones Saura fue ajena a estos pactos, al no haber intervenido, participado u obtenido beneficio respecto a aquellos que directamente le pudieran haber afectado; criterio que no puede quedar contradicho por el contenido, también literal, del recibo que la vendedora-acreedora expidió cuando un tercero le satisface el pago de un efecto, vencimiento 28 de diciembre de 1985, a cargo de don Luís Pedro, por el local comercial sito en la Dire, número 000 de Madrid’; pago que autoriza el artículo 1.158 del Código Civil, y que en ningún caso puede suponer, por sí solo, novación”.

---

33 En el Derecho europeo, el pago por tercero, previsto en el artículo 7.106, se trata como procedimiento diferente del cumplimiento realizado por un sujeto distinto del deudor vid., DíEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, págs. 309 y 331.

### III. LA SUBROGACION DEL *SOLVENS* QUE TENGA INTERÉS EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

#### 1. El significado de la expresión “tener interés en el cumplimiento de la obligación”

En este caso, la subrogación se funda -según la letra de la norma- en el interés que el *solvens* tiene en el cumplimiento de la obligación. La expresión no se caracteriza, precisamente por su diafanidad y, en cierto sentido, puede traer a la mente el cerrado círculo de argumentación característico de la causa del contrato: toda persona que pague tendrá algún interés en hacerlo... pero ¿en qué radica ese interés en el cumplimiento de la obligación?

La expresión, por otra parte, no es causal; el legislador la ha utilizado también en el artículo 1158, afirmando que puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación y en el propio artículo 1210-2°, refiriéndose al tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación.

Olvidando esta última variante, la expresión utilizada es idéntica en ambos artículos, aunque su relevancia, a primera vista, parece ser notoriamente diferente en cada uno de los preceptos: respecto del pago del tercero, en cuanto tal, es absolutamente inocua; el artículo 1158 se limita a mencionarla, sin deducir especiales consecuencias de tal circunstancia. En cambio, por cuanto se refiere al efecto subrogatorio del pago del tercero, en el art 1210-3°, parece convertirse en causa o justificación de la subrogación, de tal manera que cuando el *solvens* no esté interesado en el cumplimiento de la obligación (art. 1210-29) se requiere, además del pago, la aprobación expresa o tácita del deudor.

En este sentido, ha afirmado el profesor HERNANDEZ GIL que “... el Código civil opera en uno y otro lugar con criterios no exactamente coincidentes. Mientras en los artículos 1158 y 1159 prescinde por completo de la influencia del interés en el cumplimiento de la obligación, y se sirve para regular las consecuencias de la intervención del tercero en el cumplimiento de datos meramente cognoscitivos o volitivos (conocimien-

to, aprobación o consentimiento, ignorancia y voluntad expresa en sentido contrario), en cambio en el artículo 1210 de entrada a la falta de interés y al interés en el cumplimiento de la obligación, para sostener en este último caso que el interés es de suyo suficiente a efectos de la subrogación, en tanto que cuando falte el interés es necesaria la aprobación expresa o tácita sin que baste el conocimiento”<sup>34</sup>.

“Mas ¿quiere ello decir que el significado de dicha expresión en ambos artículos es diferente porque se le atribuya, respectivamente, un diverso alcance? Evidentemente, no hay razón alguna para ofrecer una respuesta afirmativa a semejante pregunta. Pero es que, además, afirmar que el interés en el cumplimiento de la obligación asume una función diversa en cada uno de los preceptos comentados no significa más que llevar a cabo una descomposición intelectual de un fenómeno unitario o único. Si el Código civil deduce o impone consecuencias (efectos) diferentes, según que exista o no interés en el cumplimiento de la obligación, es precisamente porque en la base de lo regulado (supuesto de hecho) se ha previsto la posibilidad de existencia o inexistencia de semejante interés y, entonces, la circunstancia referida habrá de conservar ineludiblemente su identidad, contémplese desde una u otra perspectiva. A mayor abundamiento, ello constituye una prueba más de que los artículos estudiados han de ser explicados relacionándolos y complementándolos entre sí”<sup>35</sup>.

Empero, incluso si se acepta la identidad de la expresión, ello no comporta que se haya desentrañado su significado, pues evidentemente la respuesta sigue en el aire. ¿Qué significa, pues, tener interés en el cumplimiento de la obligación?

## **2. Una posible interpretación: ambivalencia de la expresión. Crítica**

Por lo general, en las actuales exposiciones generales del Derecho de obligaciones, la doctrina suele omitir la interpretación de dicha ex-

---

34 Cfr. HERNANDEZ-GIL, *Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 293; BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 138-139.

35 Cfr. *Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 293-294.

presión, limitándose a recoger el tenor literal del Código y, como mucho, ilustrarlo con algún ejemplo (fiador, deudor solidario, codeudor...) que no requiere una especial explicación de la expresión comentada. Como excepción notoria a dicho hábito, ha enfocado el tema en las últimas décadas el profesor DIEZ-PICAZO<sup>36</sup>, quien lo analiza con mayor detenimiento y aporta una tesis, sin duda sugestiva, que interesa contrastar. En su exposición, dada la dificultad de la materia y el planteamiento casuístico que de la misma hace Diez-Picazo, opto por transcribir las páginas citadas de los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* de dicho autor, suprimiendo algunos ejemplos o resumiendo otros cuya utilidad y conocimiento se dan aquí por presupuestos.

“¿Qué es lo que nuestro Código civil llama interés en el cumplimiento? El artículo 1210 puede suministrar alguna luz cuando habla de una persona interesada en la obligación, pues un interés en la obligación, aunque literalmente no sea lo mismo que un interés en el cumplimiento, parece indicar un cierto grado de participación en la obligación misma y, más concretamente en la deuda, respecto de la cual se tiene alguna responsabilidad (por ej., deudor, fiador). Sin embargo, aunque esta idea es la que se deduce del artículo 1210, el 1158 parece exigir una interpretación más amplia.

“Un intento de perfilar los posibles intereses que mueven al solvens a cumplir podría llevarse a cabo del siguiente modo: a) el solvens es, él mismo, un partícipe en la relación obligatoria y ha asumido una responsabilidad que en alguna medida es personal suya (v. gr. paga el fiador o un codeudor). b) el solvens paga porque ha recibido una delegación o mandato de pago del deudor y lo hace porque con ello cumplirá una deuda propia frente al delegante (v. gr. paga un deudor), c) el solvens paga porque es titular de un derecho cuya existencia depende del cumplimiento (v. gr. paga las rentas debidas por el arrendatario el subarrendatario...). d) el solvens paga, pero lo hace para facilitar la realización de su propio derecho. Por ejemplo, un acreedor ordinario paga al acreedor preferente, e) el solvens paga, pero lo hace no para realizar o facilitar la realización de su propio derecho, sino para conceder una ventaja o beneficio al deudor. Por ejemplo: el solvens quiere evitarle al deudor un pleito penoso o una ejecución que le despresti-

---

36 *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 617-618.

gie... “A mi juicio -concluye DIEZ-PICAZO-, interés en la obligación, en el sentido del artículo 1210, solamente existe en el caso sub a). En cambio, interés en el cumplimiento, en el sentido del artículo 1158, existe en los casos a), b) y c). En los demás casos, en puridad, existe un interés del solvens extraño a la obligación y al cumplimiento mismo”<sup>37</sup>.

Así pues, la explicación del significado de la expresión comentada, desenvuelta con la característica brillantez, agudeza y buen decir castellano del profesor DIEZ-PICAZO, se consigue mediante la reducción de los posibles supuestos problemáticos, casuísticamente desarrollados, a uno de los siguientes esquemas:

1) Interés directo del solvens en la propia relación obligatoria, como consecuencia de su participación en la obligación misma. Por tanto, no referido exclusivamente al momento extintivo de la misma, esto es, al cumplimiento, sino a cualquier incidencia que afecte, durante su vigencia, a la relación obligatoria constituida.

2) Interés indirecto del solvens, que únicamente puede individualizarse si se atiende a las consecuencias perjudiciales que para el mismo comportaría el incumplimiento del deudor.

3) Interés marginal del solvens, que atiende a circunstancias o motivaciones varias, pero, en todo caso, extrañas a los presupuestos estructurales concretos o a las consecuencias jurídicas dimanantes de la relación obligatoria examinada.

Mas semejante construcción, a pesar de su indudable mérito, posiblemente no pueda superar objeciones de cierto peso que la interpretación de las normas comentadas sugieren.

En primer lugar, cabe señalar que confrontar “interés en la obligación” e “interés en el cumplimiento” (trayendo a colación los artículos 1210-2º y 1158, respectivamente), aunque fuese absolutamente correcto, no resultaría, sin embargo, suficiente. Porque el propio artículo 1210 utiliza

---

37 Todas las expresiones subrayadas van entrecomilladas en el texto original.

también, en su párrafo 3º, la expresión “interés en el cumplimiento de la obligación”, de forma idéntica al artículo 1158.

Y, entonces, resultaría necesario no sólo contrastar los dos artículos estudiados, sino demostrar también que ambas expresiones tienen alcance y significado diverso dentro del propio artículo 1210, lo que difícilmente podrá explicarse. En efecto, a pesar de las críticas (justificadas e injustificadas) dirigidas contra el Código civil en virtud de su deficiente técnica, no cabe afirmar sin más que en un mismo artículo se utilicen expresiones fundamentalmente similares con un significado diverso. En una primera aproximación, acaso fuese mucho más coherente y sencillo explicar la diferencia entre las expresiones del artículo 1210 como una elipsis: habiéndose utilizado ya la expresión completa (interés en el cumplimiento de la obligación) en el artículo 1158 y reiterándose en el artículo 1210-3º, posiblemente la forma elíptica del artículo 1210.2º no se deba más que al intento del legislador de evitar la inmediata reiteración de una frase demasiado larga. Y así, se habría utilizado, reduciéndola entre comas, una frase más breve, pero con el mismo significado.

En segundo lugar, y utilizando un argumento más de fondo que el anterior, que no deja de ser una hipótesis, la propia letra del artículo 1210.3º cuadra difícilmente con la bipartición entre interés en la obligación y en el cumplimiento de la misma. De aceptarse semejante tesis, habría de concluirse que el precepto del artículo 1210.3º se refiere propiamente a los casos en que el solvens tenga interés en el cumplimiento y no en la obligación o (pues, como se ha indicado, “ambos intereses” pueden coincidir según la propuesta analizada) como mínimo, primordialmente a los mismos. Y, ello presupuesto, ¿cómo puede explicarse, entonces, la referencia textual del artículo 1210-32 a “los efectos de la confusión en cuanto a la porción que (al solvens) le corresponda” en los supuestos sub b) y sub c), cuando al solvens, jurídicamente hablando, no le correspondía pagar nada?

Además, si el interés en la obligación es cualitativamente superior al interés en el cumplimiento y comprensivo de éste último, en cuanto más amplio y genérico, ¿por qué el artículo 1210-32 se refiere sólo al segundo de ellos, atribuyéndole inmediatamente eficacia subrogatoria, mientras que el artículo 1210-22 exige, por añadidura, para los casos de interés en la

obligación, la aprobación expresa o tácita? ¿Por qué el interés en la obligación es contemplado solo de forma negativa? Indudablemente hubiera sido mucho más lógico que de ser el sistema del Código civil el presentado por DIEZ-PICAZO, el propio artículo 1210 hubiese subrayado, en su letra, la importancia del interés en la obligación.

Por consiguiente, según puede deducirse de las consideraciones anteriores, seguir la tesis propuesta plantea numerosos problemas, algunos de ellos probablemente insolubles sobre la base del ordenamiento positivo vigente, al mismo tiempo que difumina la propia expresión mediante una interpretación muy forzada de la frase contenida en el artículo 1210-2º. En consecuencia, el intento de clarificación del susodicho interés en el cumplimiento -desde ahora se prefiere aquí la bipartición señalada-, quizás resulte fructífero situarlo en un plano histórico, apoyándonos en el fruto de los trabajos preparatorios que constituyeron los precedentes directos del Código civil de 1889 y todavía en vigor.

### **3. El significado de la expresión en los precedentes inmediatos del Código civil. Conclusión**

El más cercano de ellos, el Anteproyecto de 1882-1888 ofrece realmente escasos argumentos en este sentido, pues la redacción de los artículos 1175 y 1227 (aunque el primero presente ciertas variantes de detalle en relación con el actual 1158) coincide *de forma absoluta* con los actuales artículos 1158 y 1210. En particular, entre los artículos 1227 del Anteproyecto y 1210 del Código civil no puede observarse ni siquiera la alteración de una coma: son plenamente idénticos<sup>38</sup>.

En cambio, el panorama cambia claramente de sentido si se atiende al Proyecto de 1851, pues entre la redacción de sus normas relativas al pago y a la subrogación y las correspondientes del Código civil se observan importantes diferencias. Algunas de ellas ya se han señalado y otras se verán más adelante; ahora interesa, por supuesto, subrayar sólo las re-

---

38 Vid. la edición del Anteproyecto de Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Madrid, 1975, págs. 368 y 383, respectivamente.



lativas al extremo concreto que se considera. De acuerdo con el artículo 1117 del Proyecto de 1851, entre otros casos, “la subrogación tiene lugar por disposición de la ley a favor: 2) Del tercero *no interesado* que pague, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. 3) Del que pague por tener *interés en el cumplimiento de la obligación*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1968”<sup>39</sup>.

Puede comprobarse que la frase que me he permitido subrayar en el número 32 ha pervivido hasta el Código civil sin alteraciones, mientras que el “tercero no interesado en la obligación” del artículo 1210 del Código civil era calificado en el Proyecto de 1851, de forma más elíptica todavía, como no interesado. Con ello queda claro que el interés del solvens no podía duplicarse, sino que venía referido en ambos casos al cumplimiento de la obligación.

Y así se observa, todavía de forma más segura, en el artículo 1099 del Proyecto (correspondiente al artículo 1158 del Código civil), que, a mi entender, constituye precisamente la clame del significado de la expresión comentada. En los dos primeros párrafos de dicha norma se disponía textualmente: “Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún *interés en el cumplimiento de la obligación*. Puede hacerse también por un tercero, *no interesado*, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”<sup>40</sup> resaltándose, a mi juicio de forma absolutamente diáfana, la perfecta correspondencia existente entre una y otra expresión, referidas ambas *tout court* al cumplimiento de la obligación.

Después, ya en el Anteproyecto, esta simetría existente entre ambas expresiones en las dos sedes normativas características del sistema

---

39 La remisión al artículo 1968 es una errata. El propio GARCIA GOYENA lo pone de manifiesto, al referirse en el pertinente comentario al artículo 1063, no al 1068. Más adelante, en texto, se da por salvada dicha errata, recogiendo el tenor literal del artículo 1063-2º. Tomando pie de la primera mención de Florencio GARCIA GOYENA, acaso convenga dejar expresa advertencia de que las citas u opiniones del insigne civilista no se ha considerado necesario ofrecerlas “paginadas”, por la sencilla circunstancia de que su concreta ubicación se deduce siempre con facilidad en atención a los artículos comentados. Con todo, indicaré que la edición que he utilizado de su renombrada obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* es la facsimilar publicada en Barcelona, 1973, por la Editorial Base, de la publicada en 1852, en Madrid, por la Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial (En 1974 apareció por su parte, en un tomo, la reimpresión realizada por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con prólogo del profesor LACRUZ).

40 De nuevo en cursiva las expresiones objeto de comentario.

patrio<sup>41</sup> y que he intentado resaltar, incluso tipográficamente, se romperá como consecuencia de que en la nueva redacción del ahora 1158-1º (y en el Anteproyecto 1175-1º) el interés o la falta de interés en el cumplimiento de la obligación recibe sin duda peor trato en la forma gramatical de dicha norma. Se le encierra en una frase mucho más incidental. Mas, sin temor de alguna clase, puede afirmarse que, en el fondo, la cuestión permanece inalterada.

Si ello es así, no puede asombrar a nadie que el significado de la expresión se busque en los propios comentarios de Florencio GARCIA GOYENA. De los mismos se infiere con absoluta certeza la convicción del insigne comentarista en la profunda conexión existente entre las normas objeto de estudio. De otra forma, no podrían explicarse las continuas y recíprocas remisiones; las cuales, conjuntamente consideradas, ofrecen como primera conclusión que para GARCIA GOYENA interés en el cumplimiento tiene quien, de algún modo, puede ser obligado al mismo (en caso de que otro no lo haga). Al menos esto es lo verosímilmente se deduce de los supuestos concretos que menciona en su comentario al artículo 117-3º que comienza afirmando: “como lo tiene (el interés) el deudor solidario<sup>42</sup> y el fiador”, al mismo tiempo que se remite al artículo 1099-1º. Igualmente

---

41 Dato subrayado particularmente, en la doctrina contemporánea, por el profesor ESPIN. Señala, en efecto, desde una perspectiva comparatista, la existencia de dos concepciones opuestas respecto del pago con subrogación. La primera (sistema latino, representado lógicamente por el Code Napoléon) consideraría la subrogación como una forma o incidencia del pago. La segunda (sistema germánico, peculiar del *Bürgerliches Gesetzbuch*) se caracterizaría por no ofrecer una regulación especial de la subrogación, por identificarla con la cesión.

Entre ambas, como línea intermedia, habría de señalarse el sistema seguido por otros Códigos civiles, como el argentino, el brasileño y el español. En esta dirección, adscrito pues al grupo ecléctico, el Código civil español seguiría en el fondo la marcada por el Código civil francés respecto de la subrogación, pero del hecho de haber alterado su emplazamiento sistemático se deducirían consecuencias de interés. Cfr. “Sobre el pago con subrogación”, en esta Revista, 1942, págs. 304 ss. y *Manual*, cit., págs. 233 ss. Recientemente una ajustada referencia a dicha cuestión, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, cit., págs. 145 a 146.

42 Lógicamente GARCIA GOYENA no habla de deudor solidario, sino de deudor mancomunado, atendiendo a la terminología propia del Proyecto de 1851 en relación con tales obligaciones con pluralidad de sujetos”, según hoy se suelen denominar. Como es sabido, dentro de dicho cuerpo legal, obligaciones mancomunadas (cfr. arts. 1056 Proyecto, dedicado a describir el fenómeno, establecía que “hay mancomunidad entre deudores cuando dos o más personas se obligan a una misma cosa, de modo que ésta pueda exigirse en su totalidad de cualquiera de ellas. Hay mancomunidad entre acreedores, cuando a dos o más personas se ofrece una misma cosa, de modo que puede exigirse en su totalidad por cada una de ellas”, con una notable falta de imaginación (se podría haber ofrecido un concepto o una descripción unitarios) y de forma bastante reiterativa. Por lo general, se mantendrá esta reconversión al lenguaje jurídico actual, para no sumar dificultades marginales a las inherentes a las cuestiones aquí planteadas, ante la eventualidad de hipotéticos lectores no familiarizados con el Proyecto de 1851.

te, pero en sentido inverso, al glosar este último indica que el interés “es siempre la medida de la acción; podrá, pues, pagar el fiador con arreglo a lo que se dispone en el título *De la fianza* y quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117”.

Teniendo en cuenta tales ideas, quizá pueda explicarse ahora el sentido de la expresión recogida en el actual artículo 1210-3º relativa a los *efectos de la confusión en cuanto a la porción que* (al solvens) *le corresponda*. Se trata, como es obvio de una pura generalización del último inciso del artículo 1117-3º del Proyecto de 1851, referido entonces -exclusivamente- al supuesto del pago realizado por un deudor solidario y, en concreto, a las relaciones internas existentes entre los deudores solidarios, como consecuencia de haber realizado el pago uno de ellos. Para cerciorarse de ello, basta recordar el tenor literal del artículo 1063-2º del Proyecto<sup>43</sup>, al que se reenvía de forma expresa en el artículo 1117-3º *in fine*: “El que hizo el pago no puede reclamar contra los otros co-deudores sino la parte correspondiente a cada uno de ellos; y si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros co-deudores y el que hizo el pago”.

Dejando deliberadamente aparte una serie de consideraciones que pudieran realizarse respecto a la *confusión* del actual art 1210-3º, por resultar marginales a este trabajo, interesa ahora dedicar unas últimas líneas a dilucidar el significado del *interés en el cumplimiento de la obligación* en base a lo dicho hasta el momento. Esto es, fundamentalmente en clave histórica. De acuerdo con ello, interés en el cumplimiento ha de identificarse con lo que anteriormente se ha denominado interés directo del solvens en la propia relación obligatoria, como consecuencia de su participación en la misma a título de codeudor, fiador o deudor solidario (precisamente, éstos son los ejemplos ofrecidos tradicionalmente por la doctrina). Participación que, en consecuencia, se pone de manifiesto primordialmente llegado el momento de cumplimiento (¿si no, para qué se iba a participar?), pero que también tiene virtualidad mientras que la relación obligatoria se encuentra constituida y perfecta, pero pendiente de cumplimiento (como revela, sobre todo, el régimen jurídico de la fianza y, en particular, las relacio-

---

43 Vid. nota 31.

nes entre fiador y deudor principal; también las relaciones entre deudores solidarios; en cuanto a hablar de codeudor se trata, en cierto sentido, de una petición de principio, pues evidentemente éste no sólo está legitimado para pagar, sino que debe hacerlo). Semejante interés lo ostentan, entonces, quienes son *partes* o *participes* en la relación obligatoria, excluyendo -por principio-la idea de tercero<sup>44</sup>.

Y esta es la idea central que interesa desarrollar aquí. En efecto, de aceptar la *autoridad* de los comentarios de GARCIA GOYENA, el significado de la expresión arrojaría como primera y fundamental conclusión que se refiere a “elementos personales” de la relación obligatoria que, en el momento de constitución de la misma, fueron contemplados ya como posibles o hipotéticos sujetos del pago (ya por la mera elección del acreedor -caso de los deudores solidarios-, ya de forma subsidiaria en relación con el deudor principal -caso del fiador-) y que, por tanto, si deciden pagar *motu proprio* no pueden ser considerados terceros, ni por el acreedor, ni por el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, el artículo 1210-3º excluye por principio la subrogación por pago del tercero, como en cierto sentido parece subrayar el mismo tenor literal de dicho artículo: mientras que el párrafo tercero se habla de “*el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*”, en el segundo se menciona al “*tercero, no interesado en la obligación*”. La misma contraposición que, todavía con mayor claridad, se había fijado ya en los arts. 1099 y 1117 del Proyecto de 1851, al hablar de dos categorías de sujetos diferentes:

- pago realizado por cualquiera *persona que tenga interés* (arts. 1099-1º y 1117-3º), y
- pago hecho por un *tercero no interesado* (arts. 1099-2º y 1117-1º).

Disquisición ésta que, si -a primera vista-puede parecer fútil o excesivamente forzada, encuentra un refrendo indudable en la propia génesis del artículo 1210. Se han transcrito antes, en el texto, los párrafos segundo y tercero del art 1117 del Proyecto de 1851, conectándolos con los dos pri-

---

44 La conclusión obtenida no cuenta, sin embargo, con el favor de la doctrina contemporánea. Así, por ejemplo, el profesor ALBALADEJO refiere de forma expresa el art 1210, 3º (e incluso el art 1210-1º, vid. nota 21-1) al tercero interesado en el cumplimiento. Vid. *Derecho civil*, II-1º, pg. 109, nota y texto correspondiente

meros párrafos del art 1099 de dicho Proyecto, para explicar la expresión del actual art 1210-3º acerca de *el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*, de forma -entiendo- plenamente satisfactoria. Ahora, conviene insistir en la contraposición entre tal expresión y la del *tercero no interesado en la obligación*, apenas señalada.

La explicación, como en tantos otros puntos del Código civil español, requiere tener en cuenta el precepto correspondiente del Code civil français, que -si se compara con el definitivo artículo 1210 del Código civil español-arroja un claro balance positivo en favor de éste alejado del casuismo que imperó en la redacción del art 1251 del Code civil français<sup>45</sup> y, de forma más acusada todavía, en el Proyecto de 1851<sup>46</sup>. El propio GARCIA GOYENA pone de manifiesto la correspondencia existente entre los números terceros de los arts. 1251 del y 1117 Proyecto, mientras que resalta la novedad que representa el párrafo 22 de este último: “este caso, omitido en el Código francés y demás modernos, envuelve mandato espreso o tácito de parte del deudor”<sup>47</sup>. El sentido de este último se explicará, con mayor detenimiento, en los apartados siguientes; baste ahora con decir que se trata de una norma introducida en nuestro Derecho por la comisión redactora del Proyecto de 1851 y que, por tanto, no cabe interpretarla en relación con el párrafo tercero, si no es contraponiéndola al mismo. Y para mostrar la bon-

---

45 “La subrogation a lieu de plein droit: 1º) Au profit de celui qui, étant lui même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable a raison de ses privileges ou hypotheques. 2º) Au profit de l’acquéreur d’un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué. 3º) Au profit de celui qui, étant tenu avec d’autres ou pour autres au payement de la dette, avait intérêt de l’acquitter. 4º) Au profit de l’héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession”.

46 “La subrogación tiene lugar por disposición de la ley a favor: 1º) Del que siendo acreedor, paga a otro acreedor preferente. 2º) Del tercero no interesado que pague, consinténdolo expresa o tácitamente el deudor. 3º) Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068 (pcro 1063) 4º) Del heredero que admite la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma. 5º) Del que adquirió un inmueble y paga a cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior a su adquisición. 6º) Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un créditos impuesto sobre todas ellas. Lo mismo se entiende respecto del poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad y perteneciente a varios dueños. En los casos de este número y del anterior, cuando sean dos o más los poseedores de la finca o fincas hipotecadas, el subrogado sólo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos en proporción al valor actual de la finca o parte de ella que posea, descontándose lo que por el mismo concepto corresponda a la finca o parte poseída por el subrogado”.

47 La regla del artículo 1117.2º del Proyecto isabelino calará inmediatamente en otras codificaciones, como, por ejemplo, el Código civil de la otra nación ibérica, Portugal, de 1867 (en su artículo 778) y el Código civil argentino de Vélez Sarsfield (en el artículo 768.2º).

dad de la interpretación de éste que aquí se defiende, resulta suficiente -en fin-subrayar el tenor literal del precepto del que procede: “La subrogation a lieu de plein droit... au profit de celui qui, étant tenu avec d’autres ou pour autres au payement de la dette, avait intérêt de l’acquitter”.

Con posterioridad al Proyecto de 1851, la fórmula siendo objeto de consideración por otros Códigos del área romano-francesa que ponen de manifiesto su permanencia, ya traduciéndola literalmente, ya introduciendo alguna variante. En el primer sentido, decía el artículo 1253-3° del *Codice civile* italiano de 1865 que “la surrogazione a luogo di diritto... a vantaggio di colui che, essendo obbligato con altrio per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo”. Suprimiendo, en cambio, la referencia al interés (pero manteniéndola, sin embargo, en el número siguiente, referido al tercero), prescribía el artículo 768-2° del Código civil argentino que si la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor... del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros”.

De ser ciertas las consideraciones anteriores, que el párrafo 3° del artículo 1210 excluya la subrogación del tercero que lleva a cabo el pago -en cualquiera de los supuestos de hecho deslindados por tener otro campo de aplicación, no es la única conclusión que puede obtenerse aquí y ahora. Desde otra perspectiva, cabe resaltar que, entonces, la parte descriptiva del artículo 1158 no se limita a sancionar la posibilidad de intervención de un tercero en el pago, sino que, en rigor, abarca la intervención de otras personas que no merecen la calificación de terceros, sino de *participes* en la relación obligatoria.

Rectamente interpretado, el artículo 1158-1° vendría a decir que: “Puede hacer el pago cualquiera persona, sea o no participe en la relación obligatoria, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor”. Y, si ello es así, parece corroborarse una vez más la estrecha conexión existente entre los artículos incluidos en la sección del pago y los dedicados al *pago con subrogación*, que forman un todo orgánico y legalmente armonizado, demostrando que ambos grupos de normas deben interpretarse *siempre* de consuno. Porque el artículo 1158 ha sido demasiado avaricioso en su parte descriptivo-permisiva (por decirlo de algún modo), englobando una

pluralidad de supuestos que, posteriormente, no ha querido regular, acaso por entender que ello hubiera requerido una norma elefantiásica (de las que tan pródigo es el legislador de nuestros días), aparte de innecesaria si se procede a la integración debida del sistema del Código civil.

#### **IV. LA SUBROGACIÓN DEL ACREEDOR QUE PAGA A OTRO ACREEDOR PREFERENTE**

##### **1. “Successio in locum” y “beneficium cedendarum actionum”**

En principio, la adecuación del presente supuesto al caso del pago del tercero es evidente, pero, al propio tiempo, limitada o restringida: no cabe extenderla fuera de su específico campo de aplicación. Este, en una primera aproximación, es extraordinariamente sencillo y, quizá por ello, como dijera GARCIA GOYENA “era el solo caso de subrogación legal por Derecho Romano y Patrio; el acreedor que paga a otro preferente, no ha podido tener otro interés, ni otro objeto, que el de gozar de las ventajas de la subrogación”.

Tal afirmación, sin embargo, a primera vista, no parece absolutamente congruente con el Derecho histórico y, en concreto, con el Derecho romano, pues en éste el efecto subrogatorio -la subrogación como *figura autónoma* todavía no ha nacido- se conseguía, en limitados casos, a través de dos instituciones diversas, cuya fusión posterior originó el nacimiento de la subrogación: *beneficium cedendarum actionum*, de un lado, y, de otro, *successio in locum creditoris*; y si la segunda de ellas pudiera considerarse coincidente, en efecto, con el supuesto ahora estudiado, no tenía sin embargo la exclusiva de originar el efecto subrogatorio, (pues el *beneficium cedendarum actionum* concurría también en su ámbito de aplicación, a conseguir el mismo resultado, aunque asentándose lógicamente sobre presupuestos estructurales diversos de la *successio*); mientras que, de otra parte, su juego resultaba mucho más limitado que la generalizada subrogación del acreedor preferente de los Códigos modernos.

No obstante, al hacer la introducción general del comentario al art 1117 del Proyecto de 1851, GARCIA GOYENA insiste en la misma idea,

afirmando que “por Derecho Romano solo el acreedor hipotecario posterior que pagaba al hipotecario anterior, etiam invito, ó consignaba el valor del crédito, quedaba subrogado de pleno derecho, o por la sola disposición de la ley en su lugar... pero no quedaba subrogado el simple acreedor chirografario, o un tercero, a no mediar pacto o cesión: lo mismo se dispone en la ley 34, título 13, Partida 5”. La razón de semejante insistencia por parte del comentarista se encuentra precisamente en este párrafo, al hablar de la subrogación ipso iure, señalando con ello implícitamente la diferencia existente en el sistema jurídico romano entre el *beneficium cedendarum actionum* y la *successio in locum creditoris*: sólo en la última tenía lugar la transmisión *ope legis*, mientras que el *beneficium* presuponía la cesión de las acciones por el acreedor pagado, voluntaria o coactivamente, pero no como un efecto automático de las disposiciones sobre el particular<sup>48</sup>.

La correspondencia existente a grandes rasgos entre la disposición correspondiente al actual art 1210-1º y la regulación histórica, justamente marcada por GARCIA GOYENA, quizá imponga la conveniencia de reparar en esta última como necesario prolegómeno de la interpretación del Código civil español. El estado de la cuestión en Derecho romano ha sido estudiado en nuestra doctrina con detenimiento y precisión por el profesor ESPIN a quien sigo en este punto casi *ad pedem litterae*<sup>49</sup>.

---

48 Cfr. ESPIN, “Sobre el pago con subrogación”, cit., págs. 302-303 y 301.

49 “Sobre el pago con subrogación”, cit, págs. 302-303, con citas de una muy abundante bibliografía sobre el tema.

En cuanto a la bibliografía contemporánea a tener en cuenta para una rigurosa actualización del tema, vid., mis Principios, 2, *Derecho de Obligaciones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 16ª ed., págs. 111-112, y en particular, además de la citada con anterioridad, VATTIER FUENZALIDA, “Notas sobre la subrogación personal”, RDP, 1985, págs. 491 a 514; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986; CAMPUZANO TOMÉ, “La intervención del tercero en una deuda ajena”, AC, 45, 1989, págs. 3.501 a 3.523; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN, “Comentario a los arts. 1.156 a 1.159 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2ª ed., págs. 1 a 58; SERRA CALLEJO, “Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero”, La Ley, 236, 1991, págs. 1.082 a 1.107; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, “Comentario a los arts. 1.156 a 1.159”, en Comentario del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª ed., págs. 162 a 175; ALBIEZ DOHRMANN, “El pago por tercero”, Extinción de obligaciones, Madrid, 1996, págs. 13 a 92; OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997; OLMO GARCÍA, “Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor”, RCDI, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269; OLMO GARCÍA, “Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar”, ADC, LII, I, 1999, págs. 145 a 207; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, “Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa”, RDP, LXXII, págs. 114 a 139; ARNAU RAVENTÓS, “*Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*”, Libro homenaje a Jesús LÓPEZ MEDEL, I, Madrid, 1999, págs. 689 a 732; MORETÓN SANZ, “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, RCDI, 713, 2009, págs. 1183; GÓMEZ BLANES, “La *condictio* de regreso por pago de tercero”, RCDI, 716.



El remedio “excepcional, *ius singulare*, de la *successio in locum* estribaba en la transmisión *ope legis* de un crédito hipotecario al tercero que lo pagaba (o que proporcionaba la suma necesaria para hacerlo) en los casos expresamente señalados en la ley. De acuerdo con la opinión dominante, tales casos eran los siguientes:

a) *ius offerendi pecuniae* o facultad de pagar a otro acreedor hipotecario (discutiéndose si debía ser preferente o no) para ocupar su posición (D. 20, 4, 12, 9; C. 8, 18, 1). En tal caso el acreedor está obligado a aceptar el pago y, si lo rechaza, procede el depósito judicial, verificándose igualmente la *successio*. El *ius offerendi* -continúa el prof. ESPIN- asumía una extraordinaria relevancia, ya que sólo el primer acreedor tenía derecho a promover la venta de la cosa hipotecada.

b) a favor del poseedor de un fundo hipotecado, pues demandado por el acreedor podía pretender la cesión del crédito e hipoteca mediante el pago de dicho crédito (D. 20, 4, 19).

c) a favor quien de quien adquiera un inmueble hipotecado con la condición de que fuese pagado con el precio el primer acreedor hipotecario, pero no sucedía a éste en su crédito o hipoteca más que hasta la concurrencia con el importe del precio que pagó por el inmueble (D. 20, 4, 17). En este caso la *successio* tenía por objeto evitar que el adquirente se viese privado del fundo y que pudiese perder entonces la cosa y el precio y, aunque en realidad el adquirente no podía tener una hipoteca sobre su propia cosa, era tratado como si sucediera al primer acreedor hipotecario.

d) a favor de quien prestaba al deudor hipotecario para que pagase su deuda, siempre que al otorgar el préstamo hubiese obtenido hipoteca en garantía del mismo.

Por su parte, el *beneficium cedendarum actionum* encontraba un campo de aplicación diferente, requerido precisamente por la “construcción” romana de dicho mecanismo. No hay aquí sucesión automática *in locum creditoris* por parte del *solvens* sino que al mismo se le concede, en determinados casos, la posibilidad, la facultad o el derecho -*beneficium*- de exigir del acreedor pagado la cesión de las acciones.

¿Cuándo cuenta el *solvens* con dicho *beneficium*? ¿Supone dicha concesión una alteración de las reglas generales, habiendo de insertarse en el campo del *ius singulare*?

Las fuentes romanas hacen referencia a diversos *beneficia*, que en su mayor parte son todavía identificables en el ordenamiento jurídico español bajo su forma romanceada. Así, además del *beneficium cedendarum actionum*, se habla de *beneficium inventarii*, *beneficium competentiae* (denominación en otro caso en los intérpretes), *beneficium separationis*, *beneficium abstinendi*, *beneficium excussionis*, etc. No obstante, a pesar de tal denominación -que sugiere o incita a pensar que se pudiera estar frente a una atribución de facultades privilegiadas o excepcionales- no duda la doctrina romanista en poner de manifiesto que “ni los beneficios suelen ser designados por los romanos como constitutivos de *ius singulare*, ni implican necesariamente una excepción a una norma de alcance más general ... (sino que) dentro del Derecho justiniano se acostumbra dar el nombre de *beneficium* a las ventajas de que pueden aprovecharse, siempre que lo pidan expresamente, todas aquellas [personas] que se encuentran en una determinada situación”<sup>50</sup>.

Según ello, la consolidación de la facultad que cada *beneficium* comportara implicaba que el supuesto de hecho de que se tratase habría de verse completado con la actuación del *beneficiado* sin que la mera producción de aquel (del supuesto, de hecho, claro es) supusiera automática atribución de la facultad considerada. El nacimiento de ésta dependía de la actuación del beneficiado quien debería hacer saber expresamente que se acogía a dicho beneficio, debiendo desplegar una actividad a la que no estaba obligado pero que suponía una *carga* en sentido técnico.

El esquema referido no puede resultar extraño a nadie que esté medianamente familiarizado con el Código civil español. El régimen jurídico establecido en los arts. 1010 y ss. del Código civil de la aceptación de la *herencia a beneficio de inventario* y lo estatuido fundamentalmente en los arts. 1830 y 1832 del Código civil en relación con el *beneficio de la excusión* con que cuenta el fiador evidencian algo más que la pura pervi-

---

50 IGLESIAS, Derecho romano, cit, pg. 94

vencia semántica de una determinada expresión y demuestran la herencia inalterada de la construcción romana de los *beneficia* respectivos.

Continuidad que desde luego no aparece tan nítida o simplemente no se produce en relación con otros de los *beneficia* que han sido objeto de mención. En concreto, dado que los demás no son de necesaria consideración aquí, respecto del *beneficium cedendarum actionum*, cabe afirmar lisa y llanamente su desaparición cuando en el larguísimo periodo al que se hace referencia con la expresión *Derecho intermedio* o *ius commune*, se aplica y configura la subrogación respecto de los supuestos que en Roma originaban *successio in locum creditoris* así como de las características tradicionales del *beneficium cedendarum actionum*.

¿Cuáles eran estos últimos? Es hora ya de responder a esta pregunta que viene pensando desde páginas atrás y cuya desembocadura sin duda imagina ya el lector avisado. Las supuestas características que originaban el *beneficium cedendarum actionum* eran precisamente la realización del pago bien por el deudor solidario bien por el fiador. El pago hecho por cualquiera de ambos (al que están o estaban obligados: no son, por tanto, terceros) lleva como contrapartida la posibilidad de exigir al acreedor la cesión de las acciones con que éste contara, a efectos de asegurarse su posterior satisfacción, ya a costa del resto de los deudores solidarios, ya a costa del deudor principal<sup>51</sup>. Exigencia que encuentra su adecuada vestidura procesal, en Derecho romano, desde el momento en que la negativa del acreedor-demandante a transmitir las acciones al solvens conlleva el posible ejercicio de la correspondiente *exceptio cedendarum actionum*; nacida en el Derecho pretorio como una derivación de la general *exceptio doli*<sup>52</sup>, por considerarse que era contrario a la buena fe que el acreedor, ya satisfecho, no transmitiese al solvens acciones que ya no le resultaban necesarias<sup>53</sup>.

---

51 Cfr. ESPIN, "Sobre el pago con subrogación", cit., pg. 301.

52 Para la *exceptio doli*, remito en general a mi maestro A. DE COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955. En particular, el supuesto aquí contemplado lo recoge en pg. 207.

53 Vid. de nuevo ESPIN, loc. cit. En general, en dicho extremo insisten particularmente casi todos los comentaristas franceses que, después, se citarán; se debe ello sin duda a la significativa discusión doctrinal entre DUMOULIN y POTHIER al respecto. Puede verse, por todos, DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4<sup>a</sup> ed., tomo XII, Paris, 1844, pg. 165.

## 2. Origen doctrinal de la moderna subrogación por pago

La yuxtaposición bajo el esquema único de la subrogación de los dos mecanismos conocidos en el Derecho de Roma y anteriormente considerados se produce por obra y gracia del magisterio de Charles DUMOULIN (1500-1566), cuya doctrina acerca de la subrogación -primero a través de las lecciones impartidas en la Universidad de Dôle (en 1555-1556, capital entonces del condado de Borgoña) y, después, en su *Tractatus contractuum et usurarum*<sup>54</sup>- imprimió un giro de ciento ochenta grados al esquema romanista antes reseñado, en la búsqueda de fines prácticos de mayor adecuación al intercambio contractual de la Edad Moderna, marcando así un nuevo rumbo en la materia estudiada<sup>55</sup>.

Hasta entonces, los autores de Derecho común y, señaladamente en esta materia, A. DE OLEA<sup>56</sup>, con ligeras variantes y discusiones en algunos puntos concretos habían distinguido, conservando en el fondo la doctrina romana, entre *cessio hominis* y *cessio legis*. Esta última era reconocida exclusivamente en los casos en que tenía lugar sucesión en el crédito hipotecario; en los demás casos, la *cessio hominis* implicaba que el pago del tercero se viese precedido por la exigencia o convención (pacto) dirigida

---

54 DUMOULIN (MOLINARI, en la ed. manejada). *Tractatus contractuum et usurarum, redditumque pecunia constitutorum*, tomo II, de *Omnia quae extant Opera*, Ed. Parisiis, 1861, 5 vols. in folio; principalmente las cuestiones XLV y ss (folios 134 ss.).

Para referencias concretas a las lecciones de Dôle, aparte de las indicaciones de POTHIER que después cito, pueden verse, DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 4ªed., tomo XII, Paris, 1844, pgs. 219 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª ed., tomo XVIII, Bruxelles, 1878, pg. 115.

55 En la actualidad resulta absolutamente imprescindible, en relación con las materias ahora consideradas, la sosegada lectura del capítulo segundo de la espléndida monografía de J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo .1212 del Código civil español*, Granada, 1999, pgs. 59 ss., por representar a mi juicio el mejor tratamiento de tales cuestiones.

Encomiable también, aunque verdaderamente de menor interés que el anterior, el tratamiento de N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Dijosa, Madrid, 2000, tanto para las instituciones romanas (pgs. 70 ss.), cuanto para el desarrollo del Derecho intermedio francés (pgs. 115 y ss). Llamo la atención acerca del hecho de que la autora no cita, ni debe haber manejado, la obra de Fernández Villa, publicada el año anterior, pero sin duda se trata de una coincidencia más en el análisis de una misma cuestión. Visto el conjunto de la obra de N. Bayo, no hay motivo alguno para pensar en desidia por parte de ella, a mi entender, sino prácticamente de coincidencia temporal en la publicación, con independencia de que los años de depósito legal sean sucesivos. Cfr. también, CAÑIZARES LASSO, *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 30 ss.

56 A. DE OLEA, *Tractatus de cessione iurium ac actionum*, Venetiis, 1664, Ed. Venetiis, 1735; vid. quaestio 1 y ss. del título V, folios 243 y ss. Cfr., con cierto detenimiento al respecto, MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924, pgs. 33 ss.

a obtener la cesión. Si, por el contrario, el pago se realizaba sin semejante previsión, considerándose extinguida la obligación por el pago, no resultaba posible *a posteriori* lograr la subrogación en virtud de la *cessio*.

Frente a dicho estado de cosas, DUMOULIN desarrolla la tesis de que resulta necesario distinguir si el pago se lleva a cabo por quien actúa *simpliciter* como tercero o, en cambio, el *solvens* ha de considerarse *personaliter sive realiter obligatus*. En el primero de tales supuestos no se produciría en principio la subrogación, salvo naturalmente que se hubiese pactado la *cessio* o se hubiera producido con anterioridad al hecho del pago. En cambio, en el segundo supuesto, al entender de DUMOULIN, había de considerarse que *ope legis* el *solvens* se subrogaba en los derechos del acreedor, sin necesidad de que aquel reclamase *cessio* alguna. El deudor solidario y el fiador, por tanto, quedaban automáticamente situados en la posición del acreedor pagado sin que hubieran de reclamar dicha consecuencia que, siempre según DUMOULIN, había de deducirse sin duda de las reglas generales de equidad, como diríamos hoy en términos modernos:

“quibus tamen non dicitur damnum inferri, sed lucrum nos afferri, quia dumtaxat iste loco primi subrogatur, eodem in ceteris rerum statu manente”.

La doctrina de Dumoulin, atrevida e innovadora, representó un soplo de aire fresco respecto de la subrogación, pero la verdad es que, inicialmente, duró lo mismo que una bengala, pues fue rechazada sin embargo por los autores posteriores y señaladamente por RENUSSON y POTHIER, quien en tantos otros puntos, sin embargo, siguiera tan de cerca al gran jurista francés del XVI.

El primero de ellos, Philippe de RENUSSON, el clásico tratadista francés del tema<sup>57</sup> (1632-1699) que abriera el campo de futuras investiga-

---

57 RENUSSON, *Traité de la subrogation*, Paris, 1760, cap. 7 número 68 y cap. 9 número 7. No habiendo encontrado la obra (tomo, por consiguiente la cita, indirecta en este caso, del propio POTHIER) al igual de lo que me ha ocurrido con otros tratados clásicos sobre la materia (MOURLON, *Traité des subrogations personnelles*, Paris, 1848; GAUTHIER, *Traité de la subrogation*, Paris, 1853) que son objeto de constante cita por la doctrina francesa posterior. Cfr., por ej. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tomo VIII, Paris, 1895, pgs. 68 ss. Posteriormente he podido consultar la edición príncipe de la obra de Ph. De Renusson, intitulada *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers* [sic], Paris, Compagnie des Libraires, 1723.

ciones, no se despega en la cuestión tratada de la enseñanza tradicional: aun reconociendo inicialmente que la subrogación “*se fait de plein droit, purement et simplement par le seul bénéfice de la loi*”, insiste en que su nacimiento presupone la oportuna reclamación por el *solvens* o, *invito creditore*, la pertinente decisión judicial.

En la misma línea, Robert Joseph POTHIER (1699-1772; nacido, pues, el año en que fallece Renusson)<sup>58</sup> replicaba a DUMOULIN en este extremo que si el codeudor solidario o el fiador deseaban subrogarse debían manifestarlo expresamente. La voluntad presunta y las razones de equidad alegadas por DUMOULIN no le parecían a Pothier fundamento suficiente para que se produjese *ipso iure* el efecto subrogatorio<sup>59</sup>.

Con posterioridad, la doctrina francesa no ha dejado de hacer referencia a la discrepancia existente entre los autores mencionados. Por lo general, los juristas franceses pertenecientes a la escuela de la exégesis, considerando justamente a Pothier como un gran jurista, como *le père du Code civil*<sup>60</sup>, se preocuparon de justificar su toma de posición alegando que era más conforme al estado de cosas anterior al Código Napoleón; pero, al propio tiempo, salvada así la *auctoritas* de Pothier, no dejan de poner de

---

58 POTHIER, *Introduction a la Coutume d'Orléans*, tit X, número 280; cit. también por LAURENT, *Principes de droit civil*, loc. cit. De todas formas, para quien no pueda encontrar la Coutume, como ha sido mi caso, vid. POTHIER, *Traité des obligations*, en *Oeuvres, nouvelle édition*, Paris, 1825, recientemente republicado en facsímil por Banchs Editor, Barcelona, 1974. En el tomo I (número 280, págs. 263 ss.), el mismo POTHIER, remitiéndose frecuentemente a la Coutume, trata con extensión el tema. También en tomo II, número 558, pgs. 41 ss., aparte naturalmente de otras referencias a lo largo de la obra

59 A todas estas cuestiones parece referirse en nuestra doctrina MUCIUS SCAEVOLA, aunque sin indicación concreta de autores, cuando expresa que “no sólo sería injusto, como manifiestan algunos tratadistas, que en tales casos el haberse olvidado de pedir la subrogación de derechos impidiera reclamar al deudor lo que se había satisfecho por él, sino que la propia naturaleza de la obligación solidaria o accesoria por virtud de la cual se conceptúan interesados en el cumplimiento impone el derecho de la repetición de los que se satisfacen por cuenta del deudor”. Así, en *Código civil comentado*, tomo XIX, cit., pg. 1048; el subrayado es mío.

60 Afirmación tópica que no deja de ser cierta, aunque naturalmente para ser rectamente interpretada exige incardinar la producción doctrinal de POTHIER (1699-1772) en el lugar que históricamente le corresponde, como último eslabón de la creación doctrinal (*Juristenrecht*) del Derecho.

Tales precisiones pueden verse desenvueltas en ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, págs. 218 ss.; quien, en tal sentido, concluye que “Pothier fût le dernier état de la doctrine juridique avant le Code civil”. Observación de gran importancia que, también, merece la atención de VILLEY en el prólogo de la obra citada: “Pothier, a-t-on coutume de dire, serait le père du Code civil: mais encore, au-delà de Pothier, une longue lignée d'auteurs, méconnus de nos jours, responsables d'une oeuvre capitale, dont Pothier recueillit le fruit, Domat et Fleury, et tant d'autres encore” (pg. II).

manifiesto la bondad intrínseca de la tesis de DUMOULIN<sup>61</sup> y de alabar, en consecuencia, a los redactores del *Code* por haber seguido definitivamente la tesis de que mantener el *beneficium cedendarum actionum* no dejaba de ser una complicación innecesaria, aparte de no encontrarse justificada por la caída en picado de la razón fundamental en que se asentaba la resistencia de los juristas romanos a facilitar la alteración de los sujetos de la obligación en virtud de la transmisión del crédito.

Digámoslo con DURANTON:

*“lo'n ne peut donc qu'applaudir aux auteurs du Code, d'avoir, comme le voulait Dumoulin, consacré la subrogation de plein droit en faveur du codebiteur solidaire, du cofidésusé et de la caution unique qui paient, la dette, en l'établissant d'une manière générale en faveur de tous ceux qui, étant tenus avec d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt de l'acquitter”*<sup>62</sup>.

¡A buen entendedor, pocas palabras bastan!

Por su parte, LAURENT<sup>63</sup>, indica que *“le législateur moderne a bien fait de suivre l'opinion de Dumoulin et il faut glorifier le grand jurisconsulte d'avoir pris l'initiative d'une innovation qui était certainement fondée en équité”*.

Insistencia en la equidad que también se pone de manifiesto en la propia exposición de motivos y en la *explicación* del art 1251-3º del *Code civil* por parte de uno de sus redactores principales: BIGOT-PREAMENEU. Tras referirse, en efecto, a la nueva *dictio legis*, afirma BIGOT-PREAMENEU que *“l'équité ne permettrait pas de se prevaloir de ce qu'ils n'ont pas requis la subrogation, ils en avaient le droit; il ne peut être présumé ni que le créancier qui eut dû consentir à la subrogation s'il en eut été requis,*

---

61 Desde otro plano, resalta el profesor ESPIN, en términos generales que “... la tradición legislativa y la autoridad de los grandes jurisconsultos franceses, sobre todo la de Polhier, influyen decisivamente en la codificación napoleónica, que consagra en cierto modo esta teoría (la de la ficción), al tratar de la subrogación en el pago de las obligaciones”: “Sobre el pago con subrogación”, cit., pg. 326.

62 DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tomo XII, cit., pg. 222.

63 LAURENT, *Principes de Droit civil*, loc. cit

*ait eu l'intention de ne pas mettre celui eût été requis, ait eu l'intention de ne pas mettre celui qui paie en état d'exercer ses recours, ni que le débiteur ait renoncé a un droit aussi importante. Cette interprétation doit donc avoir son effet a l'égard des tiers créanciers. Tel avait été le sentiment de Dumoulin; et, quoiqu'il fut difficile a concilier avec les textes des lois romaines, il a dû être préféré a l'opinion suivant laquelle la subrogation ne devait être accordée par la loi que dans les cas de refus de créancier, sur la requisition qui lui en aurait été faite”<sup>64</sup>.*

### **3. Las peculiaridades del ordenamiento jurídico español en la materia objeto de estudio**

Hecha esta brevísima, pero terminante, referencia a la reducción a unidad de la *successio in locum creditoris* y *beneficium cedendarum actionum* y al “doble gravísimo problema histórico-dogmático” que origina el pago del tercero según expresión de BUSSI<sup>65</sup>, conviene ahora tornar al tema central de la rúbrica que se está desarrollando: el artículo 1210-1º del Código civil español.

Sobre el particular, lo primero que llama la atención es que los supuestos que en el sistema romano generaban la *successio* hayan sido re-conducidos en el Código civil español a una norma aparentemente tan poco expresiva o, si se quiere, tan poco detallada como la actualmente en vigor: hay subrogación *cuando un acreedor pague al otro acreedor preferente*. Frente a dicha hipotética simplicidad, otros cuerpos legales se caracterizan por recoger en su articulado prácticamente todos los *supuestos hipotecarios*<sup>66</sup> que en Derecho romano comportaban la *successio*.

---

64 BIGOT-PREAMENEU, en *Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs...*, Ed. de Firmin Didot, Paris, 1808, tomo V, pg. 58.

65 Vid. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937, pg. 332. Se refiere, claro es, a la subrogatio y a la cessio, poniendo de relieve al respecto que “sotto il profilo storico sembra però certo che la subrogatio siasi venuta formando con gli elementi stessi della cessione o per lo meno della cessione necessaria” (así, en pg. 323).

66 Evidentemente utilizo esta expresión por brevedad y a sabiendas de la imprecisión en que con ello incurro, así como el confusionismo que su utilización puede generar. Sin embargo, advirtiendo aquí la finalidad instrumental de la misma, creo deshacer tanto inconveniente y lograr un poco de economía gramatical.



Comenzando por el propio Proyecto de 1851, decía su artículo 1117 que “la subrogación tiene lugar por disposición de la ley a favor.

1) Del que siendo acreedor, paga a otro acreedor preferente.

2) Del que adquirió un inmueble y paga a cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior a su adquisición.

3) Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas.

Lo mismo se entiende respecto del poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad y perteneciente a varios dueños.

En los casos de este número y del anterior, cuando sean dos o más los poseedores “de la finca o fincas hipotecadas, el subrogado sólo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos en proporción al valor actual de la finca o parte de ella que posea, descartándose lo que por el mismo concepto corresponda a la finca o parte poseída por el subrogado”.

Por su parte, el artículo 1251 del *Code civil français* establece, en la pertinente redacción (anterior a 2006) que “*la subrogation a lieu de plein droit:*

*1°) Au profit de celui qui, étant lui même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable a raison de ses privilèges ou hypothèques*

*2°) Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué” ...”<sup>67</sup>*

---

67 En idéntico sentido, la nueva redacción del artículo 1251 del Código civil francés, del año 2006, dice: “La subrogation a lieu de plein droit :

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ;

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

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

4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ;

5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession”.

Reglas que se transmiten al *Codice civile* italiano de 1865, si bien con la salvedad de que la subrogación corresponde incluso al acreedor quirografario:

*“La surrogazione ha luogo di diritto:*

*1º) Avvantaggio di colui che, essendo egli stesso creditore, ancorchè chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi o delle sue ipoteche.*

*2º) A vantaggio di colui che, avendo acquistato un immobile, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto paga uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato”,* indica el artículo 1253 de dicho cuerpo legal.

La misma regulación se encuentra en los dos primeros números del artículo 1203 del Código italiano actualmente en vigor de 1942, sin más cambio que la sustitución de algunas expresiones gramaticales (por considerarlas en desuso, sin duda) que no revisten importancia alguna<sup>68</sup>.

La regulación de la materia se encuentra ya mucho más simplificada en el Código civil argentino, en cuyo artículo 768 se indica que la subrogación tiene lugar a favor:

1º) “Del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente”.

---

68 Vid. al respecto BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958 y el estudio de CARPINO, cuya utilidad es escasa para la línea aquí desenvuelta, *Il pagamento con surrogazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1971, I, pgs. 731 ss.

En su texto renovado, procedente del R.D. de 16 marzo 1942, n. 262 (Approvazione del testo del Codice Civile) dice el nuevo artículo 1203, bajo la rúbrica de *Surrogazione legale* que:

“La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi:

1) a vantaggio di chi, essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi, del suo pegno o delle sue ipoteche;

2) a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato (2866);

3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito (754 e seguenti), aveva interesse di soddisfarlo (1299, 2871);

4) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario (484 e seguenti), che paga con danaro proprio i debiti (490) ereditari;

5) negli altri casi stabiliti dalla legge” (756, 1259, 1762, 1776, 1780, 1796, 1949).

4º) “Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble”,<sup>69</sup> aunque desde luego sin alcanzar el culmen de brevedad que caracteriza al artículo 1210-1º del Código civil español.

Antes de glosar esta última norma parece conveniente hacer una doble serie de consideraciones que expliquen, aunque sea *grosso modo*, el tratamiento de la materia por el Código civil español de 1889. Llama la atención ya a primera vista que el artículo 1210 del Código civil no haga referencia alguna a los *supuestos hipotecarios* que tan prolijamente habían sido contempladas por el artículo 1117 del Proyecto de 1851 (y de forma más reductora, pero sin llegar a olvidarlos, en los principales cuerpos legales que a no dudar influyeron en los trabajos de la Comisión de codificación española).

Tan prolijamente que cuando CLAUDIO ANTON DE LUZURIA-GA comenta los dos títulos dedicados a la hipoteca y, en concreto, el artículo 1815 (“El tercer poseedor que paga al acreedor se subroga plenamente en su lugar”) no puede dejar de observar que “la doctrina general acerca de la subrogación de las obligaciones está aplicada en el artículo 1815, que *en rigor pudiera haberse escusado con lo dispuesto ya en el 1117*”<sup>70</sup>.

El cambio de rumbo, claro es, viene marcado por los propios avatares de la codificación en España. Vistas las dificultades y obstáculos insuperables que impidieron durante largos años la publicación de *un Código civil general*, se adopta el sistema de *leyes especiales*, las cuales habrían de hacer frente a las cuestiones que, ya a mediados del XIX, se consideraban

---

69 Por su parte, el Proyecto de nuevo Código civil argentino, iniciado ya su iter parlamentario en el año 2012, dice en el artículo 915 propuesto:

“Subrogación legal. La subrogación legal tiene lugar a favor:

- a) del que paga una deuda a la que estaba obligado con otros, o por otros;
- b) del tercero, interesado o no, que paga con asentimiento del deudor o en su ignorancia;
- c) del tercero interesado que paga aun con la oposición del deudor;
- d) del heredero aceptante con beneficio de inventario que paga con fondos propios, una deuda del causante”.

Así en el Proyecto de Código civil y comercial de la Nación redactado por la Comisión de reforma designada por Decreto 191/2011, a favor de RICARDO L. LORENZETTI (Presidente) ELENA HIGHTON DE NOLASCO, y AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, según el texto ingresado en el Congreso Nacional, en junio de 2012.

70 El subrayado es mío.

inaplazables. Entre tales leyes, como es sabido, y siendo acaso lo más importante de las mismas, se encuentra la *Ley hipotecaria*.

A ella se trasvasan todas las cuestiones relacionadas con el crédito territorial y, por tanto, con la necesidad de clarificar los derechos reales que gravaban la riqueza inmobiliaria y, señaladamente, la hipoteca. Y, así, en la prístina ley hipotecaria de 1861 la hipoteca y todo el “sistema hipotecario” aparece ya delineado con caracteres definidos (salvo el carácter constitutivo de la inscripción de la misma, introducido, como sabemos, por el artículo 1875 del *Código civil*) y, por tanto, al publicarse el *Código civil*, éste se limita -con más o menos acierto, lo que es *otro cantar*- a recoger lo fundamental de la Ley Hipotecaria en dos lugares: en el último título del libro II (*Del Registro de la propiedad*)<sup>71</sup> y, de otro lado, en los artículos dedicados a la hipoteca (que se cierran precisamente en el artículo 1880, con una amplia remisión a la ley hipotecaria, que *continúa vigente*); además naturalmente de referencias dispersas a lo largo del articulado.

Los supuestos de subrogación que se relacionan con la existencia de hipotecas recayentes sobre un inmueble pasan pues a ser regulados en la Ley y Reglamento hipotecarios, al propio tiempo que su resolución se ve facilitada por la instauración de los principios de publicidad y especialidad de la hipoteca que se adoptan como eje cardinal de la legislación registral española.

De otro lado, a las circunstancias anteriores habría de añadirse la progresiva abstracción de que comienzan a hacer gala los diversos Códigos civiles hasta llegar al cénit de la misma, representada por el *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Aunque ello requeriría un tratamiento mucho más detallado sin duda, aquí habrá de bastar con avanzar dicha idea, recordando cómo el progresivo desenvolvimiento del Derecho pasa del casuismo romano a sucesivas generalizaciones que, andando el tiempo, se convierten en las reglas abstractas formuladas en los Códigos civiles modernos, sobre todo a

---

71 Para cuyo análisis y crítica pueden verse los Comentarios de los arts. 605-608 *Código civil* realizadas por M. AMOROS GUARDIOLA, quien ya anteriormente había estudiado las relaciones entre *Código civil* y Ley hipotecaria (fundamentalmente en *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967) y proporciona, por ende, una magnífica visión panorámica del tema, aparte de bibliografía al día: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidas por M. ALBALADEJO, tomo VII-2º, Madrid, 1978, pgs. 240-319. Para la precisa delimitación de la especialidad de la Ley hipotecaria, vid. pgs. 247 ss.

consecuencia del triunfo de la escuela racionalista de Derecho natural. En tal sentido, la regla del artículo 1210-1º del Código civil español expresaría paradigmáticamente la transformación en regla general y abstracta del supuesto concreto conocido en Derecho romano como *ius offerendi*.

Pero, al propio tiempo, la transformación indicada no se reduce a una pura operación lógico-formal privada de consecuencias prácticas sino que, antes al contrario, resulta expresiva de un cambio profundo como se evidenciará a continuación.

#### 4. Nociones de acreedor preferente y acreedor *solvens*

La pluralidad de supuestos que cabe albergar en principio en la norma del artículo 1210-1º parece deducirse de la generalidad de sus términos: hay subrogación cuando un acreedor paga a otro acreedor preferente. Mas esa misma generalidad requiere delimitar el alcance efectivo de dicha regla comenzando por aclarar quién es *acreedor preferente*, quién puede ser receptor, o *accipiens*, de la prestación del *acreedor-solvens*<sup>72</sup>. La ambivalencia del adjetivo la había resaltado ya MANRESA contraponiendo los dos sentidos en que podía ser interpretado:

1º) “En un sentido estricto, que limita la preferencia a una cosa determinada, según que sobre ella existan varias obligaciones principales establecidas en provecho de distintas personas, o que aquella sea garantía para éstas por razón de los derechos que les asistan”.

2º) “En un sentido amplio, en cuya virtud comprenda toda preferencia que tenga un crédito respecto de otro por razón de la naturaleza y fecha del mismo, y de las disposiciones que regulan la concurrencia y prelación de aquellas, sin necesidad en esta segunda aplicación de que una misma cosa está afectada directa o subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones respectivas”<sup>73</sup>.

---

72 Utilizaré en adelante tales expresiones, sin mayores circunloquios, para referirme a las dos personas implicadas en el art 1210-1º CC.

73 MANRESA, *Comentarios al Código civil*, tomo VIII, cit., pgs. 437-438.

Para MANRESA, aun cuando “la primera de dichas interpretaciones ofrecería la ventaja de ser más fácilmente apreciable la preferencia concreta que expresaría..., el precepto debe entenderse en el segundo y más amplio sentido, para el cual hay fundamento, si se tiene en cuenta que siempre para un acreedor hay interés en impedir, como mediante la subrogación lo logra, las reclamaciones privilegiadas de otra persona contra su deudor”<sup>74</sup>.

En parecida línea, estima MUCIUS SCAEVOLA que “la disposición del artículo 1210 está, por lo tanto, justificada”, resaltando a continuación que “si bien en el Código francés se halla establecido que la subrogación en tal caso sólo tiene lugar cuando el acreedor es preferente, en cuanto a privilegios o a hipotecas, los mismos jurisconsultos de aquella nación se inclinan, en su mayoría, a conceder igual derecho cuando el primer acreedor es escriturario; lo cual quiere decir que el precepto de dicho Código no es muy justo, y que se acomoda más a las buenas doctrinas del del patrio, que haciendo de igual condición a estos efectos a los acreedores de todo género, elimina las dificultades a que da lugar la limitación del Código francés”<sup>75</sup>.

La mera transcripción de las normas objeto de comentario realizada páginas atrás evidencia que el artículo 1210-1º del Código español aparece, como un precepto mucho más amplio y general que los respectivos del *Code civil* francés y *Codice civile* italiano. Ahora bien, para explicar dicha circunstancia, no me parece adecuado seguir la línea marcada por MUCIUS SCAEVOLA de ampliar la noción de *acreedor preferente* en base a afirmar que la mayoría de los juristas franceses extienden la posibilidad de conseguir la subrogación incluso al acreedor escriturario. En virtud de tal razonamiento se involucran dos cuestiones perfectamente distintas: la condición del *acreedor-solvens* y, de otro lado, la razón de la preferencia del *acreedor preferente*.

Para la primera de las mismas resulta posible en efecto trasplantar al Derecho español la clásica discusión de las exégetas franceses acerca de si hay subrogación cuando el acreedor-solvens no es privilegiado, ni

---

74 Ibidem, pg. 438

75 MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado*, tomo XIX, cit., pg. 1048.

hipotecario<sup>76</sup>. Mayoritariamente se responde de modo afirmativo a dicha cuestión, haciendo especial hincapié en que puede pagar (y se subroga en tal caso) tout créancier<sup>77</sup>, incluido el simple acreedor quirografario<sup>78</sup>, acudiéndose de inmediato a la regla ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus<sup>79</sup>. Recurso éste evidentemente fácil y, por añadidura, engañoso, contra el que ha advertido reiteradas veces y de forma magistral el profesor DE CASTRO<sup>80</sup> pero por el que se llega, en este caso, a una solución acertada y justa, que se asienta en las propias raíces del fenómeno de la subrogación legal comentada: precisamente el acreedor común, que no tenga garantía o privilegio alguno que le asegure de forma especial la satisfacción de su derecho de crédito, será el que esté más interesado en evitar una posible ejecución de los bienes del deudor instada por quien cuenta a su favor con una garantía<sup>81</sup> de carácter especial (y, a este respecto, el sistema de privilegios no deja de ser una garantía ex lege de preferencia en el cobro que se concede a determinados acreedores) en momento o en condiciones

---

76 Otro de los puntos tradicionalmente discutidos por la doctrina francesa es el referente a la admisibilidad de la subrogación (legal, por supuesto) cuando un acreedor paga a otro acreedor que le es posterior. La cuestión, planteada ya por RENUSSON, mereció de él respuesta afirmativa, para ser después enfocada sólo de lege ferenda (en favor de su admisibilidad: DURANTON, TOULLIER) ya que al ser publicado el Code se considera que legalmente resulta imposible preconizarla. Finalmente se acepta sin más la solución legal, resaltándose incluso la disfuncionalidad de la posición contraria; ya que siendo el presunto solvens preferente no debería tener ningún interés en realizar el pago. Cfr. AUBRY y RAU, *Cours de droit civil française après la méthode de ZACHARIAE*, 4ª ed., Tomo IV, París, 1871, pg. 181; LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., pg. 91; finalmente, en nuestros días, vid. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, 3ª ed., tomo III, Bruxelles, 1967, pg. 546

77 En expresión literal de LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., pg. 89.

78 Cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, rev. por RIPERT con la colaboración de BOU-LANGER, 3ª ed., II, París, 1949, pg. 575. En la ed. PLANIOL-RIPERT (ESMEIN, RADOUAN, GABOLDE) de 1954, pg. 637. Vid. también, con anterioridad, HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tomo VIII, cit., pg. 92; DURANTON, *Cours de droit civil*, XII, cit., pgs. 230-231.

Como ya ha habido ocasión de indicar en el texto, el tratamiento reiterado de dicha cuestión por parte de la doctrina francesa trajo consigo que el legislador italiano de 1865, zanjando una cuestión que ya por entonces aparecía nítida, introdujese en el artículo 1253 la subrogación del acreedor-solvens, “ancorche chirografario”.

79 Así, por ejemplo, DURANTON, loc. cit., indica textualmente que “l’article 1251 ne distingue pas”. Lex non distinguit subrayan en nota AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, IV, cit., pg. 180.

80 Cfr., señaladamente, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pgs. 479 ss. y 525, donde resalta el procedimiento de inversión que caracteriza muchas de las regulae iuris, lo que hace que hayan de ser cuidadosamente analizadas para evitar presuponer lo buscado; al mismo tiempo que advierte de su funcionalidad como “expresiones técnicas o recursos pedagógicos, y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del Derecho”.

81 Para un planteamiento general del tema, debe cfr. el estudio de AMOROS GUARDIOLA, *La garantía patrimonial y sus formas*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972 (Hay también separata, que es la que se ha utilizado, Ed. Reus, Madrid, 1974, 34 pgs.).

desfavorables para aquél. Extremo éste puesto de manifiesto, con notorio acierto, por F. GARCIA GOYENA cuando, tras recordar que con anterioridad al Proyecto isabelino no quedaba subrogado el acreedor quirografario que pagase, indica que las disposiciones de este artículo son mucho más conformes a la sencilla razón y a la equidad que a la metafísica y rigorismo del Derecho romano y patrio.

En cambio, por cuanto hace a la segunda de las cuestiones indicadas, la condición del acreedor-preferente, la legislación española parece separarse desde la redacción del Proyecto de 1851 de sus más caracterizados precedentes<sup>82</sup>. Mientras que en éstos la preferencia deriva de la existencia de privilegios o hipotecas y semejante circunstancia se requiere con todo vigor por la doctrina foránea<sup>83</sup>, los cuerpos legales hispanos semejan hacer dejación voluntaria de la estricta delimitación de la causa generadora de tal preferencia al suprimir el inciso a la misma referido (“*qui lui est préférable a raison de ses privilèges ou hypothèques*”).

## 5. Preferencia y privilegio: consideraciones de carácter general

Ante dicha circunstancia cabe plantearse si realmente ha de considerarse que la omisión del inciso comentado fue conscientemente buscada y perseguida o, por el contrario, pudo resultar una desembocadura puramente fortuita o coyuntural en el momento de redactar el artículo 1117 del Proyecto isabelino y el artículo 1210 del Código civil.

---

82 A este respecto no se puede considerar realmente tal el Código civil argentino (1870), que anda a caballo entre el Proyecto isabelino y el Código civil español y en cuyo artículo 768-1º se recoge la propia doctrina del Proyecto. Buena prueba de ello la ofrece el dato de que VELEZ SÁRSFIELD se remita directamente a los comentarios de GARCIA GOYENA, cuyos argumentos repite en parte.

83 AUBRY y RAU, *Cours de droit civil*, cit., insisten en dicho dato en pg. 181, nota 49, excluyendo en concreto que el acreedor con derecho de retención o anticresis pueda considerarse preferente, ya que no tiene “ningún derecho de preferencia sobre el inmueble.

HUC, *Commentaire Théorique et pratique*, cit., dice que se paga a “un autre créancier qui lui est préférable a raison de ses privilèges ou hypothèques seulement (citando en nota una sentencia de la Cour de Cassation, de 3 de julio de 1854, en la que ya se requería ello) et non a raison, par exemple, d’un droit d’antichrese ou autre n’emportant pas privilège, un créancier par conséquent, susceptible d’obtenir un rang supérieur au sien et non un rang semblable ou postérieur”. En igual sentido, cfr. BAUDRY--LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 11ª ed., tomo II, rev. por CHENEAUX, Paris, 1913, pg. 208.



En segundo lugar y he aquí la verdadera cuestión, habrían de analizarse las consecuencias prácticas de dicha omisión o, lo que es lo mismo, determinar si el precepto patrio permite una mayor generalización de la subrogación por pago al acreedor preferente que la establecida por las normas correspondientes de los Códigos francés e italiano.

Entrando en el resbaladizo terreno planteado por la primera cuestión, donde -a fuer de ser sincero- acaso no quepa otra cosa más que aventurar una solución presumiblemente acertada, cuenta con mayores probabilidades la afirmativa, por el mero hecho de que la Comisión de codificación (o mejor las diversas y sucesivas comisiones) no anduvo precisamente perezosa a la hora de consultar los cuerpos legales referidos -y, desde luego, también de someter a criba la legislación foránea, cosa que no puede dejar de reconocerse- o, es más, entiendo que con referencia a la supresión de la *preferencia hipotecaria*, la omisión no sólo resulta explicable y presumiblemente querida, sino perfectamente justificada por el hecho de que, vigente ya la Ley hipotecaria y previstos y regulados en ella los *supuestos hipotecarios* de subrogación (en la medida que a continuación se verá), sin duda pudo considerarse, con toda razón, redundante hacer referencia a la preferencia derivada del rango hipotecario.

Omitiendo o expresando tal dato, obvio por lo demás, el Código civil no podía en ningún caso modificar las consecuencias prácticas de lo establecido por la Ley hipotecaria (salvo, claro es, que hubiera optado por establecer una regulación de la publicidad de los derechos reales; pero es sabido que la historia es precisamente la contraria) y hubiera debido limitarse a introducir una mera remisión o una frase inocua.

Con lo dicho, en relación a *las hipotecas*, quedan contestadas ambas preguntas y, a modo de conclusión, puede indicarse que la omisión referida no alcanza importancia ni siguiera desde un punto de vista práctico.

Otro perfil presenta el tema contemplado desde la perspectiva de la preferencia derivada de los privilegios, aun dando por sentado que la omisión fuere deliberadamente buscada. Perfil difícilísimo, además, por el hecho de que la materia de los privilegios, si bien históricamente ha podido

ser delimitada con rigor<sup>84</sup>, parece haber salido de la codificación notoriamente alterada y confusa en más de un extremo<sup>85</sup>. Sobre todo en cuanto que -como han estudiado los profesores M. OLIVENCIA<sup>86</sup> y R. DE ANGEL<sup>87</sup> con notorios frutos- no hay realmente armonía entre las disposiciones del Código civil y el Código de comercio, salvo que se opte por la vía cómoda o grosera técnica de asimilar preferencia y privilegio.

La consulta concreta que dio origen al *Dictamen* suscrito por el profesor OLIVENCIA fue exactamente la siguiente: “Si los créditos que han obtenido sentencia de remate con anterioridad a la solicitud al Juzgado del expediente de suspensión de pagos tienen carácter preferente con derecho de abstención, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 26 de julio de 1922 y artículos 913 y concordantes del Código de comercio” (pg. 3).

El prof. OLIVENCIA, con fundamentos de todo tipo y señaladamente históricos, ofrece una ajustada respuesta negativa que, pronto, ha merecido la atención de la doctrina mercantilista<sup>88</sup>

---

84 Sobre el tema es fundamental la obra de POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Burdeos, 1913.

85 En la doctrina española, ha de consultarse a GULLON, *La prelación de créditos en el Código civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962 y su anterior estudio “El crédito privilegiado en el Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, 1958, pgs. 435 ss, substancialmente coincidente con la monografía citada.

86 En un espléndido *Dictamen*, emitido por el Prof. OLIVENCIA el 30 de junio de 1972, que hubiera debido merecer mejor suerte que la de permanecer inédito, aunque, por fortuna, ha tenido amplia difusión privada.

Naturalmente he podido utilizarlo gracias a la personal deferencia de mi querido maestro de Derecho mercantil, al mismo tiempo que he sostenido con él algunas conversaciones sobre el tema ahora desarrollado. Desde aquí le hago patente mi agradecimiento por su asesoramiento y ricas enseñanzas. Más aún por su continuado afecto, que siempre ha sido recíproco.

87 R. DE ANGEL YAGÜEZ, “En torno al privilegio del crédito quirografario”, en *Anuario de Derecho civil*, 1972, pgs. 1153 ss. Es realmente curioso que ambos juristas, de demostrada finura, escribieran prácticamente en las mismas fechas planteándose de forma medular el tema de si los acreedores ex 1924-3º del Código civil -o los que en él deban integrarse, por aplicación extensiva de dicha norma- tenían derecho de abstención en la suspensión de pagos.

Ricardo DE ANGEL, que al parecer llega a plantearse el tema por pura reflexión doctrinal, desemboca, al igual que OLIVENCIA (quién, por su parte, redacta su escrito *pro veritate*, ya que la consulta se le dirige en la forma aséptica recogida, sin indicación de dato de hecho alguno), en la respuesta negativa, con precisos argumentos (en los que coinciden también ambos autores en buena parte, si bien el estudio de OLIVENCIA es más detenido y extenso) y notable concisión.

88 En concreto, la recogía ya el prof. Fernando SANCHEZ CALERO en la 3ª ed. de sus *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1973 (en la 5ª ed., Valladolid, 1976, vid. pags. 506-507); obra de cuyas innovaciones y avances da cuenta el propio OLIVENCIA en la *Revista de Derecho mercantil* (oct-dic., 1973,

## 6. Exposición y crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1977

Hemos advertido en uno de los párrafos anteriores acerca de la inconveniencia de equiparar preferencia y privilegio precisamente, porque en los momentos de redacción prístina del cuerpo de este ensayo, había incurrido en semejante error, grave y turbulento, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1977 (Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Martínez) logrando una dudosa y perturbadora adecuación entre uno y otro de los cuerpos legales mencionados, los Códigos civiles y de Comercio, y llegando a la conclusión de que los acreedores por sentencia dictada en procedimiento ejecutivo, son privilegiados, aunque *sólo* mera o simplemente privilegiados.

Ya en la primera versión de esta obra (inérita, como he reiterado suficientemente, aunque defendida oralmente, como *lección magistral*, o cuarto ejercicio del viejo sistema de concursos, en una de las oposiciones a Cátedra por mí realizadas) utilicé el Repertorio de Aranzadi<sup>89</sup>, cuyo contenido transcribo a continuación para rebatir algunas de sus afirmaciones más simplistas en el lugar oportuno según el esquema de este estudio.

Con todo, antes, deseo advertir que las sentencias citadas en el segundo considerando de la que va a transcribirse no pueden confirmar el asunto de que los créditos escriturarios por sentencia firme sean créditos privilegiados. En efecto, en ninguna de ellas se plantea el tema del privilegio y, en concreto, las cuestiones consideraadas y tratadas se reducen a resolver la pugna entre créditos preferentes *tout court*.

---

núm. 130, pgs. 583-594), deteniéndose particularmente en el punto comentado (así, pgs. 591-592), ofreciendo así una información impresa de primera mano de su propia posición (mas, como se decía, ello no obsta a que el grueso del Dictamen, bastante extenso, haya de considerarse inédito), que no ha escapado, tampoco, a los civilistas más atentos a las últimas aportaciones doctrinales: vid., así, E. LALAGUNA, *Los créditos hipotecarios*, Ed. Reus, Madrid, 1977, nota 17 en pg. 34.

Resaltando dicho extremo y destacando por supuesto la extraordinaria importancia práctica del tema objeto del Dictamen, quisiera advertir que la riqueza y enjundia de éste lo cualifican como un sobresaliente estudio monográfico acerca de la noción de privilegio en la doctrina y legislación codificada jurídico-privadas, que, insisto, merecería ver la letra impresa. Espero que las referencias al mismo que, a título personal y como especial beneficiario, hago logren justificar las afirmaciones anteriores y ofrecer una imagen ajustada (aunque, por desgracia, necesariamente pálida) de la bondad de dicho Dictamen.

89 Ar. Ref. 4181, 1977.

Así, en las dos primeras, de 27 enero 1958, Ar. 2036, se limita a declarar la preferencia del derecho del ejecutante demandado por razón de la firmeza de la sentencia dictada a su favor.

En la misma línea ha de situarse la de 3 de noviembre 1971 (Ar. 4523; Ponente D. José Beltrán de Heredia y Castaño), más extensa y cuidada, pero que sólo viene a resolver la pugna acerca de la preferencia entre una sentencia de remate y una póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio. Es más, en el caso de esta última, el propio recurrente dice -y lo acepta la sentencia en uno de los considerandos- que *ninguno de ambos eran créditos privilegiados*, utilizando para ello en concreto la expresión literal del art 1924.3º del Código civil.

Advertido dicho extremo, de importancia sin duda, se procede a transcribir la sentencia de 10 de noviembre de 1977, según obra en el Repertorio de Aranzadi:

La Empresa Nacional del Aluminio, S.A. formuló ante el Juzgado de la Instancia núm 2 de los de Valladolid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra “Fabricación de Artículos de Aluminio S.A.” (Fada) y contra los señores interventores de la suspensión de pagos, sobre que se reconociera distinto crédito al reconocido en expediente de suspensión de pagos núm. 58 de 1974 y se le reconozca el derecho de abstención. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia declarando que el crédito de la actora de la suspensión de pagos de la Sociedad Fada es el de 1.474.568 pts. en lugar de la cantidad de 1.301.000 pts reconocido en la misma, denegando la declaración de derecho de abstención solicitada en la demanda, sin condena en costas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, sin declaración especial sobre las costas del recurso.

La representación del actor interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia la que dejó sin efecto y dictó segunda sentencia revocando la pronunciada por el Juez de 1ª Instancia, y estimando íntegramente la demanda, declaró que el crédito de la entidad actora en la

suspensión de pagos de la demandada es el de 1.474.568 pts, en lugar de la cantidad de 1.301.000 pts., reconocido en la misma, y que por la suma de 1.411.767,68 pts. amparada en sentencia firme que tiene a su favor la Sociedad actora contra la Sociedad demandada, le corresponde a dicha entidad actora el derecho de abstención, sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

Considerandos de la primera sentencia:

CONSIDERANDO: Que como único motivo del recurso, y al amparo del núm. 1º del art 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se arguye la infracción, por interpretación errónea, del art 15, pár. 3º de la Ley Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922, en relación con el art 913, núm. 3º del C. Comercio y el art 1924, núm. 2º B) del C. Civ., al haber denegado la sentencia impugnada el derecho de abstención que, según la parte recurrente, le asiste en la suspensión de pagos, de la que dimana el procedimiento del que este recurso trae origen, en cuanto a la cantidad de 1.411.711,68 pts., amparada en sentencia firme, motivo éste que encierra exclusivamente, una cuestión netamente jurídica y cuya resolución requiere una interpretación conjunta de las normas contenidas en los preceptos legales, que como infringidos se citan, a fin de llegar a la conclusión de cuáles sean las consecuencias que de ellas se deriven a tenor del texto de las mismas, y a este respecto, si conforme previene, en su penúltimo párrafo, el art 15 de la anteriormente citada Ley de Suspensión de Pagos, podrán abstenerse de concurrir a la Junta de Acreedores los que lo sean singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los núms. 1º, 2º y 3º del art. 913 de C. Com., y si dicha norma legal, dado su excepcional carácter ha de ser interpretada restrictivamente, es indudable que el derecho de abstención que la recurrente reclama sólo podrá reconocérsele si, como afirma, el crédito en que tal derecho lo fundamenta es de los privilegiados contenidos en el citado art 913 del Código Mercantil, el cual, en su núm. 3º -que es en el que aquélla se considera incluida- comprende, dentro de la prelación de acreedores que establece, a los privilegiados por derecho común.

CDO.: Que partiendo de la realidad fáctica, que la sentencia impugnada reconoce, de que la cantidad total constitutiva del crédito en base

al cual se pretende ejercitar el derecho de abstención, la integran las correspondientes a tres créditos amparados en sendas sentencias firmes dictadas en otros tantos procedimientos ejecutivos, es evidente que, conforme el art 1924 núm. 3 B) del C.Civ. goza de preferencia con relación a los bienes muebles e inmuebles del deudor que resten, una vez satisfechos con cargo a los mismos los créditos enumerados en los arts. 1922 y 1923 del mencionado Código sustantivo, de lo que se deduce contrariamente a lo afirmado en la resolución objeto del recurso, que la calificación que a dicho crédito corresponde es la de privilegiado, sin que a ello obste la circunstancia de no ser un crédito calificado de privilegio especial, pues la propia redacción de los mencionados preceptos del C.Civ., así como la de los arts. 15 de la Ley de Suspensión de Pagos y 913 del C. Com., pone de manifiesto la existencia de créditos especial o singularmente privilegiados y créditos mera o simplemente privilegiados, estando incluido entre estos últimos el de la entidad actora, hoy recurrente, pues el hecho de no tener un especial o singular privilegio no obsta a que lo tenga de carácter general, aunque de rango inferior a aquél, pero que le otorga preferencia sobre los demás ordinarios y comunes que no la tienen, y a los que se refiere el art 1925 de mencionado C. Civ., pues si todos privilegio o preferencia suponen una ventaja, primacía, prerrogativa o protección, por la que se antepone una cosa a otra, es indudable que esta primacía la ostentan los créditos que como el de la recurrente, tras de haber sido objeto de litigio constan por sentencia firme, por cuanto son preferentes a los de cualquier otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los art 1922, 1923 y 1924 antes referidos, es decir que los créditos reconocidos por sentencia firme son simplemente privilegiados, por la forma de su constitución, con relación a los demás bienes muebles o inmuebles no afectados al pago de créditos singular o especialmente privilegiados, pues el carácter preferente -y por ello privilegiado- de un crédito viene determinado por la facultad que a su titular concede la Ley para que le sea hecho efectivo con prioridad a otros acreedores, y esta condición privilegiada de los créditos que constan por sentencia firme lo tiene reconocido la Jurisprudencia de esta Sala en sentencias, entre otras, de 27 enero y 13 junio 1958 (R. 551 y 2421) 27 abril 1967 (R. 2036) y 3 noviembre 1971 (R. 4523), siendo la razón de este privilegio general, según citada jurisprudencia, la indubitada autenticidad de tales créditos, que les concede carácter ejecutorio, de todo lo cual se

deduce que hallándose incluidos, por tanto, entre los privilegiados de derecho común a que el art 913, en su núm. 3º, se refiere, los créditos del núm. 3º B) del art 1924 del C.Civ., condición que tiene el que ostenta la entidad recurrente, es indudable les asiste a los titulares de los mismos el derecho de abstención que el art 15, párr. 3º de la Ley de Suspensión de Pagos, les reconoce, sin que pueda aceptarse, como con error sostiene la sentencia del Tribunal de Instancia -al aceptar los considerandos de la de primer grado que así lo afirma- que la remisión que el citado art 913 en su núm. 3º del C. Com. hace no lo es al art 1924, sino al 1922, del C. Civ., pues el condicionamiento de tener prelación sobre los bienes muebles lo es, solamente, para los créditos hipotecarios legales, como sin género de duda así se deduce de la dicción legal lógica y literalmente interpretada de dicha norma, y que pone de relieve, la contemplación que hace de dos distintos grupos -privilegiados de derecho común, e hipotecarios legales que, según este mismo derecho común, lo tuvieren de prelación sobre los bienes muebles-, de lo que se infiere la errónea interpretación por la Sala de Instancia de los preceptos que, como infringidos en tal concepto, se alegan y que obliga a acoger el motivo del recurso.

CDO.: Que, por lo expuesto, procede estimar el recurso sin imposición de costas y con devolución a la parte recurrente del depósito constituido.

Considerando a la segunda sentencia: CONSIDERANDO: Que por los supuestos de hecho y de derecho de la sentencia que precede, y con revocación parcial de la dictada en primer grado, en cuanto desestima el derecho de abstención solicitado, es pertinente la estimación en su integridad de la demanda, sin que existan motivos que pudiera determinar una especial imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

## **7. La preferencia como género y el privilegio como especie**

Si al erróneo planteamiento de la sentencia apenas transcrita, se añade que el campo abonado de los créditos privilegiados es el de los procedimientos universales de ejecución o procedimientos concursales (aun-

que naturalmente ello no signifique negar la admisibilidad del ejercicio extraconcursal de los privilegios, como señala la mejor doctrina contemporánea<sup>90</sup>) y que en dicho campo, nuestro ordenamiento jurídico se presenta formalmente disperso en una verdadera multitud de textos legislativos, asistemático, e incluso alejado de la seguridad jurídica que debiera presidir semejante sector del Derecho patrimonial<sup>91</sup>, se comprenderá que no estamos precisamente ante un panorama halagüeño.

La complejidad de la materia concursal puede decirse, en efecto, que es una constante histórica del Derecho español. De ahí que casi siempre, al comenzar la exposición de la materia, la calificquen los autores especializados en ella de laberíntica, rememorando así la notoria obra de SALGADO DE SOMOZA<sup>92</sup> de la que ofrece una versión compendiada y datos de interés el prof. ALEJANDRE<sup>93</sup>.

---

90 El extremo aludido no ha escapado a la doctrina civilista, por lo que me limito a ella: A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., pg. 335; GULLON, *La prelación de créditos*, cit., pgs. 21 ss; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, cit, pgs. 753-754; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, 11-1, cit., pg. 170 ALBALADEJO, *Derecho civil*, 11-1, cit., pg. 169.

91 Tales apreciaciones son igualmente de OLIVENCIA, El movimiento de reforma del Derecho concursal español, conferencia pronunciada en la Universidad de Bolonia. Reseña de la misma en VERDERA Y TUELLS, Tres mercantilistas españoles en Bolonia, en Revista de Derecho mercantil, 1962, núm. 85, pgs. 99 ss. El estado de la reforma por entonces estaba representado por el Anteproyecto de ley de concurso de acreedores de 1959, también denominado Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos. Las líneas directrices del mismo pueden verse también en el Discurso de apertura del curso académico 1978-79 en la Universidad de Sevilla de Guillermo J. JIMENEZ SANCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978, pgs. 21 ss.

El prof. PRIETO-CASTRO, otro estudioso muy atento al tema ha dedicado igualmente adjetivos elocuentes respecto de las dispersas normas concursales del ordenamiento jurídico patrio, de las que dice que "sin excepciones, son consideradas entre los juristas como anacrónicas, insuficientes, inservibles y, por tanto, perjudiciales para la Nación" (así, en "El derecho concursal español y el extranjero (la ley desacredita a la ley)", en Revista de Derecho procesal iberoamericana, 1977, núm. 2...3, pg. 288), llegando incluso a afirmar como conclusión de su estudio comparativo con los ordenamientos alemán, francés, italiano y portugués que "el conglomerado o centón de disposiciones que componen la legislación española, nos lleva a la gravísima afirmación de que es impropia de un Estado de Derecho" (en pág. 341).

En el mismo número de dicha Revista, pgs. 641 ss, se contiene el estudio de DE LA OLIVA y DE LA CUESTA sobre Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal, en el que se califica a la legislación española como "complicada, oscura y defectuosa (también en el sentido de lagunosa)" en pg. 647.

92 SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, 1ª ed. Paris 1651; también, Lyon 1757). Junto a la renombrada obra de Salgado de Somoza, han de ser tenidas en cuenta también las de HEVIA BOLAÑOS (*Laberinto de comercio terrestre y naval y la Curia Philipica*) y AMADOR RODRIGUEZ (*Tractatus de concursu et Privilegiis creditorum in bonis debitorum*, Lugduni, 1665), que aportan numerosos datos de interés al objeto de estas páginas. Con todo, por mínima probidad científica, debo advertir que no he podido utilizar directamente dichas obras y, por tanto, de aparecer citadas mas adelante, ha de entenderse que lo hago indirectamente de la mano de ALEJANDRE.

93 ALEJANDRE, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación*, Pub.



Definitivamente, este panorama se vería absolutamente complicado si hubiera que detenerse, aunque fuera de forma somera, en rememorar la reforma preparada en el pasado por la Comisión designada al efecto por dos Ordenes del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 1978 y presidida en calidad de Ponente general, precisamente, por el profesor OLIVENCIA<sup>94</sup>. De haber obtenido efectiva consagración legislativa dichos trabajos, los ejes cardinales del Derecho concursal hubieran sido objeto de profunda transformación, afectando por supuesto a la graduación y prelación de créditos, en los términos expuestos entonces por uno de los miembros integrantes de la Comisión referida, mi distinguido colega y maestro, el profesor JIMÉNEZ SÁNCHEZ<sup>95</sup>.

Mas, pretiriendo deliberadamente semejante temática, aquí la cuestión que, derechamente, ha de plantearse estriba en el alcance de la expresión *acreedor preferente* y su conexión con los *créditos privilegiados*.

Prima facie, acaso cupiera pensar que dado que, en el sistema del Código civil (arts. 1921 ss) no es que no se defina el privilegio, sino que ni siquiera se utiliza dicho término -como atinadamente observa GULLÓN<sup>96</sup> -con todo acierto pudo haberse considerado suficiente la referencia al mero acreedor preferente (sin necesidad de privilegio) en cuanto el Código civil parece hacer dejación del concepto legal de privilegio y, por tanto, viene a establecer una cerrada equivalencia entre ambos términos. Si ello fuese así,

---

Universidad de Sevilla, 1970, pgs. 88 ss.

94 Además de él la componían VACAS MEDINA, CARRERAS LLANSANA, JIMENEZ SANCHEZ y ROJO FERNANDEZ DEL RIO. Más datos al respecto en la ya citada obra del penúltimo de ellos, *Ante una posible reforma*, pg. 26. La urgencia de la reforma, resaltada ya hace años por la doctrina, sobre todo por los procesalistas y mercantilistas (por razones obvias, el tema concursal es menos caro a los civilistas), ha vuelto a tomar actualidad. Como últimas aportaciones de la entonces joven doctrina iusprivatista se destacan las de ILLESCAS, "Apuntes para una reforma del Derecho concursal español", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, enero-abril, 1977, pgs. 6 ss.; ROJO Y FERNANDEZ-RIO, "Notas para la reforma de la legislación concursal", en *Revista de Derecho mercantil*, 1975, núm. 138, pgs. 512 ss.

95 G. J. JIMENEZ SANCHEZ, *Ante una posible reforma...*, cit., pgs. 27 ss.

96 A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, pgs. 17-18. Ya antes, del mismo autor, vid. "El crédito privilegiado en el Código civil", *Anuario de Derecho civil*, 1958, pgs. 435 ss, estudio substancialmente coincidente con la monografía citada.

En efecto, frente a la machacona insistencia de la expresión gozan de privilegio del Proyecto de 1851 (vid. arts. 1924 a 1930), donde se definía el privilegio como "el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a dos acreedores" (art. 1923), el Código civil ha optado por hablar directamente de gozar de preferencia (arts. 1922 a 1929 ambas inclusive) utilizando el término privilegio sólo una vez en el art 1924-32 y para colmo de forma negativa y marginal.

resultaría que desde un punto de vista dogmático se había producido una notable innovación vía legal y que, de otra parte, el art 1210 del Código civil español seguiría diciendo lo mismo que sus modelos desde el punto de vista práctico, aunque reconduciendo lisa y llanamente la materia a la preferencia.

En cambio, si ha de seguirse manteniendo la noción de privilegio o crédito privilegiado y, además, resultase que el Código civil conoce *otras preferencias no privilegiarias* o créditos preferentes no privilegiados, la conclusión habría de ser que, el campo o ámbito propio de la subrogación por pago a un acreedor preferente, se habría ampliado en relación con el juego de la misma en los otros Códigos europeos, aunque fuera en limitados casos.

Por varias razones, en este escrito se defiende esta segunda hipótesis, advirtiendo al propio tiempo que, de su mano, se van a realizar ciertas consideraciones en torno a los créditos privilegiados que acaso excedan de los términos de la investigación concreta objeto del presente estudio, que quizá sean extravagantes en una palabra, pero cuya plasmación se considera pertinente.

De entrada, han de resaltarse dos datos de extraordinaria importancia y cuyas consecuencias se irán perfilando paulatinamente:

1º Es pacífico que aunque profundamente entrelazadas y objeto no raramente de confusiones (a veces solo lingüísticas), las ideas de privilegio y preferencia no pueden considerarse sinónimas. De una parte está el hecho de que en palabras del profesor GULLON<sup>97</sup>, “la prelación puede existir aunque no haya privilegios, en el momento en que dos o más créditos concurren sobre un objeto determinado para su satisfacción”. De otra, que si bien la escala de privilegios implica precisamente el establecimiento de un orden de preferencia, la mera identificación o existencia de créditos privilegiados puede no comportar preferencia entre ellos, por estar integrados dentro de un mismo grupo (y no por ello podrán dejar de ser considerados privilegios; si se admite la existencia de la categoría, claro es). Con esta

---

97 *La prelación de créditos*, cit, pg. 15.

última salvedad pudiera entonces concluirse en este punto que ambas ideas se encuentran en relación de género a especie: la *preferencia*, entre otras razones, puede venir determinada por la existencia de *privilegios*.

2º De alguna manera y a pesar del significativo abandono por parte del Código civil del término *privilegio*<sup>98</sup>, está comúnmente admitido que el Código civil regula los créditos privilegiados<sup>99</sup> o, mejor dicho, los que tradicionalmente fueron considerados como *privilegia-causae*. Es más, como destaca con innegable agudeza OLIVENCIA, puede observarse que al abandono del término por el Código civil ha correspondido un curioso fenómeno de ampliación del *concepto* por la doctrina civilista<sup>100</sup>, la cual llega en más de una ocasión a hablar directamente de privilegios especiales o créditos singularmente privilegiados y privilegios generales o créditos simplemente privilegiados, adscribiendo al primer grupo los supuestos regulados en los arts. 1922 y 1923 y al segundo los recogidos en el artículo 1924<sup>101</sup>.

Así pues y curiosamente, desaparecida toda referencia expresa a los privilegios en el Código civil, vía doctrinal se reasume en cambio la *teoría del privilegio* y se reconducen a la misma todos los supuestos regulados en los artículos 1922 a 1924, donde evidentemente se habla, a veces, de créditos privilegiados por antonomasia y, en otros casos, de créditos que, siendo preferentes, en puridad no pueden calificarse de privilegiados.

---

98 Salvo la utilización de dicho término, en artículo 1924-3ª. Dicha circunstancia negativa, se verá después detenidamente.

99 Como destaca unánimemente la doctrina. Vid., además de las aportaciones monográficas de GULLON BALLESTEROS, A. DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., pgs. 334-335; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., pgs. 750 ss.; LACRUZ *Elementos*, II-1, Barcelona, 1977, pgs. 169 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, 11-1º, cit., pgs. 169 ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, 2ª ed., Barcelona, 1976, pgs. 559 ss.

100 OLIVENCIA, *Dictamen*, cit., pg. 46.

101 Técnica reductora que, dada la complejidad de la materia, resulta acaso perfectamente justificable en las obras institucionales o de carácter general, las cuales, en atención a la brevedad y a su marcado carácter didáctico, se limitan prácticamente a recordar el tenor literal de los artículos 1921 y ss. del Código civil. En el sentido del texto, cfr., por ejemplo, últimamente, LACRUZ (loc. cit.) y, ya antes CASTAN, *Derecho civil español*, cit, III, pgs. 280 ss.). Las razones de orden didáctico o propedéutico son de todo punto obvias (si se atiende a la producción monográfica de uno y a los *Fundamentos* de otro) en el *Sistema de Derecho civil*, redactado conjuntamente por los profesores DIEZ-PICAZO y GULLON (Ed. Tectnos, Madrid, 1976 y reimp. 1977, pgs. 188 ss.).

Dicha ampliación del concepto de privilegio no debería ser compartida desde el momento en que se demuestre que, aun abandonado el término por el Código civil, la legislación actual no se asienta sólo sobre la idea de preferencia (identificada con el privilegio por la extensión doctrinal de tal concepto) sino que de alguna manera la calificación dogmática (y legal) clásica o histórica del privilegio sigue pesando todavía sobre la legislación actual y, en concreto, sobre los Códigos de comercio y civil.

Desde luego en favor de la ampliación del concepto de privilegio no puede verosímilmente alegarse que el art 1210-12 diga que se subroga quien paga a un *acreedor preferente*, sin más. Porque, tal precepto atiende a otro orden de consideraciones. Lo que dice es que para subrogarse basta que el acreedor sea preferente, sin necesidad de que sea *privilegiado*. Más ello no comporta que dichos términos hayan de equipararse, ni fundamenta una desmedida ampliación del concepto del privilegio, sino sólo una ampliación del ámbito propio del supuesto de subrogación legal aquí estudiado. Lo que es una cuestión bien diferente y una interpretación que encuentra firme asiento en el Proyecto de 1851: la subrogación se otorgaba a quien pagase a un acreedor preferente; pero, al mismo tiempo se mantenía en puridad de líneas el régimen de privilegios. Así mientras que los arts. 1923 ss. regulaban los *privilegios*, a partir del 1928 se contemplaba la *clasificación de créditos*<sup>102</sup>. Por ende, la expresión utilizada en sede de subrogación no podía fundamentar, al menos razonablemente, un abandono de la idea de privilegio.

Más, precisamente basándose en lo anterior, acaso cupiera esgrimir la objeción de que justo por el hecho de las innovaciones introducidas por el Código civil en los arts. 1921 y siguientes, ahora, *lege data*, abandonado el término privilegio y no produciéndose discordancia alguna entre el art 1210 y los arts. 1921 y siguientes, el razonamiento anterior carece de sentido y, por añadidura, es susceptible de ser utilizado *a contrario*. Entiendo sin embargo que, con independencia de no compartir la desmedida extensión del privilegio patrocinada por algunos autores, no se puede hacer dejación del concepto de privilegio, a pesar de la letra del Código civil.

---

102 Lo pone también de manifiesto R. DE ANGEL, *En torno al privilegio*, cit, pg. 1158.

En primer lugar porque el otorgamiento de la subrogación al *acree-dor preferente no cualificado* en el Proyecto de 1851 no suponía abandonar el sistema de privilegios, como ya se ha indicado. De añadidura, dicha consecuencia no es lógica ni estructuralmente necesaria.

En segundo lugar, no cabe silenciar el hecho de que el abandono de la idea de privilegio no se había producido en la legislación mercantil y, concretamente, en el artículo 913 del Código de comercio (ya vigente cuando se publica el Código civil), como magistralmente ha puesto de manifiesto el profesor OLIVENCIA<sup>103</sup>, y semejante circunstancia hace necesario seguir considerando la pervivencia del concepto de privilegio como preferencia otorgada a un crédito en atención a su propia cualidad, con independencia de las garantías o de la forma de documentación que pudieran caracterizarla.

Desde luego la caracterización anterior (o, si se prefiere, definición) del privilegio no parece que ofrezca una particular dificultad si se consideran atentamente, una vez más, los precedentes inmediatos del Código civil español. En el “momento codificador” se han abandonado ya los antiguos privilegia personae, pero simultáneamente todos los cuerpos legales siguen recogiendo los más señalados de los privilegia causae. Es más, el impulso determinante del mantenimiento de estos últimos cuenta incluso con el honor de ser revelado en más de un cuerpo legal. Ocurre así, sin duda, en el artículo 2095 del Code civil français que, más que preceptuar, indica que:

“Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires”<sup>104</sup>.

Obsérvese el perfecto deslinde que ofrece el concepto en relación con los créditos privilegiados y los créditos hipotecarios (por extensión, digamos, garantías reales). Se indica textualmente que es precisamente la cualidad del crédito la base de donde dimana el hecho de existencia de un

---

103 Dictamen, cit., passim.

104 Con idéntica redacción desde el año 2006 se renumera y dice el artículo 2324: “Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires”, a partir de la Ordonnance n° 2006-346, de 23 de marzo de dicho año.

privilegio. A continuación se pone de manifiesto el efecto primordial del mismo, que estriba en la preferencia; la cual, a veces, se le concede incluso por delante de los titulares de garantías reales.

Por su parte, el *Codice civile* italiano de 1865, siguiendo evidentemente al francés, insiste sin embargo en que el privilegio es una derivación de la propia Ley (la *legalidad*, unánimemente resaltada), pero mantiene el mismo concepto. Así, mientras que en el artículo 1952 se dice que:

“il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito”,

en el artículo siguiente se contempla la consecuencia fundamental de la caracterización de un crédito como privilegiado:

“il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari. Fra più crediti privilegiati la prelazione viene dalla legge determinata secondo la qualità del privilegio”.

Es evidente la concordancia existente entre ambos cuerpos legales. Es más, el dato discrepante al que antes me he referido no hace más que poner de relieve la extraordinaria importancia que se le da a *la causa del crédito*. En el Código civil francés el privilegio es un derecho de ser preferido que se deriva inmediatamente de la cualidad del crédito. En el Código civil italiano de 1865<sup>105</sup> se dice que el privilegio es un derecho que la ley concede, pero lo concede *en consideración a la causa del crédito*. En ambos, por tanto, se establece absolutamente lo mismo; sólo que en un caso se sitúa la causa o cualidad del crédito como fuente mediata del reconocimiento del privilegio y en otro como inmediata, ocupando la ley la posición de fuente inmediata. Disquisición desde luego que, en este caso, no comporta consecuencia alguna de interés, porque el propio *Code civil* francés se dedica después a establecer el elenco legal de privilegios. Recapitulando, lo cierto

---

105 Lo que no quiere decir que el planteamiento de la cuestión se haya visto modificado en el vigente Código civil italiano de 1942. Todo lo contrario. En la primera de las normas dedicadas a la materia la rúbrica de la misma (Fundamento del privilegio) indica bien a las claras la correspondencia con el Código anterior. En tal sentido, establece la primera parte del artículo 2745 actual que “il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito”.

es que en ambos cuerpos legales, los créditos privilegiados no vienen confundidos con los créditos hipotecarios (afirmación que puede extenderse a otras garantías reales, pero ello exigiría alargar el estudio y como, con lo dicho, me basta a los efectos perseguidos en este punto, continúo el hilo argumental) y resultan caracterizados en atención a la causa o cualidad del crédito.

Se comprenderá, sin duda, que el breve apunte de Derecho comparado realizado no tiene por finalidad explicar el sistema del Código civil español (el cual, por otra parte, es en buena medida una creación propia de la Comisión redactora del Anteproyecto, como se explicará más adelante), ni, mucho menos, adelantar el resultado de lo que pudiera acontecer en el Proyecto isabelino (pues, en tal caso, resultaría inoportuno hablar antes del *Codice civile* italiano). Mediante la referencia hecha no se pretende otra cosa que *palpar el ambiente de la época*, obviando así un estudio detenido de cuál era el estadio doctrinal en los países vecinos, que alargaría en exceso el presente estudio. Partiendo de lo legalmente establecido y teniendo en cuenta el lapso de tiempo que separa al Código italiano de 1865 del Code Napoléon, acaso sea admisible plantear la hipótesis de que en la doctrina extranjera se seguía manteniendo el concepto propio de *privilegia causae*. Veamos ahora en una rápida ojeada cuál era el estado de la cuestión en el Proyecto isabelino.

Frente a los cuerpos legales extranjeros, el Proyecto de 1851 se caracteriza por no definir el concepto de privilegio en el primero de los preceptos dedicados al tema. En tal sentido, disponía el artículo 1923 que:

“Privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Los privilegios son generales sobre todos los bienes del deudor o especiales sobre los bienes espresamente determinados por la ley”,

para pasar a continuación, en los artículos 1924 y siguientes, a enumerar los diversos privilegios, según recayeran sobre unos u otros bienes.

Lo primero que se observa en el precepto isabelino es que dedica a establecer cuál es el efecto fundamental de la condición privilegiada de

un crédito, sin que llegue a caracterizarlo por su *fundamento causal*. Sin embargo, el dato no puede servir de base para deducir que el concepto de privilegio sea diferente al predicado durante el siglo codificador. Posiblemente GARCIA GOYENA estimara pertinente la clásica advertencia de JAVOLENO de “*omnis definitio in iure periculosa est*” y, por ende, se limitó a esclarecer cuál era la consecuencia dimanante del privilegio, dando por supuesto el concepto del mismo, que no tenía por qué ser recogido en la letra del precepto.

Así parece deducirse de forma incontrovertible si se atienden a los propios comentarios del insigne jurista (y, sobre todo, al contenido de los arts. 1924 y siguientes del Proyecto). GARCIA GOYENA es desde luego perfectamente consciente de que, en todos los códigos que señala como concordancias, “se espresa que el privilegio se concede por la calidad o naturaleza especial del crédito” y, parece que lo da como dato indiscutible que no merece mayor atención<sup>106</sup>, para pasar a comentar con cierta amplitud la separación que debe establecerse entre los créditos privilegiados y los créditos hipotecarios, entendidos en sus justos términos de acuerdo con el estadio doctrinal y legal del momento:

“En Derecho romano y patrio fueron también conocidos algunos privilegios generales sin prenda ni hipoteca... pero lo más común en ambos derechos fue reconocer hipoteca o prenda tácita y privilegiada para ciertos créditos. En nuestro sistema no se admite hipoteca tácita ni privilegio en las especiales y espresas; la inscripción es el todo; pero conservamos, como todos los Códigos modernos, con el simple nombre de privilegios, y en toda la fuerza de esta palabra, algunos de los casos de hipoteca tácita y privilegiada del Derecho romano y patrio”<sup>107</sup>.

De esta primera aproximación al Proyecto de 1851 emana pues la convicción de, a mitad del siglo XIX, el concepto de *privilegia causae*

---

106 Acaso lo pruebe el hecho de que, cuando, más adelante, comenta el inciso que concede la ley, dice: “por la calidad favorable del mismo crédito, como acabo de decir, no por consideración a la persona del acreedor”. Concisión extraordinaria, pero particularmente expresiva para indicar que ya no hay privilegia personae y que los privilegios que restan son, por tanto, privilegia causae.

107 Los subrayados, en este caso, son originales de GARCIA GOYENA. De otra parte, todos los comentarios se encuentran, es claro, sub art. 1923.



seguía derroteros similares a los demás países europeos, y que, configurado ya un *régimen hipotecario* dentro del propio Proyecto, ambos grupos de *créditos preferentes* quedaban perfectamente deslindados, con independencia de que la cuestión, en épocas anteriores (y fundamentalmente en el Derecho de Roma), hubiese aparecido extraordinariamente confusa, a consecuencia, precisamente, de la inexistencia de un régimen de publicidad de los derechos reales. Dicho aserto, espero, se verá suficientemente fundamentado más adelante, sobre todo al realizar el estudio comparativo de los principales cuerpos legales españoles y explicar lo que se cree que es realmente el sistema propio del Código civil. Baste ahora para justificar la insistencia que se está demostrando en torno al tema de distinguir el privilegio –especie- de la preferencia –género-.

## **8. La condición no privilegiada de los acreedores contemplados en el párrafo tercero del artículo 1924 del Código civil**

En particular, la cuestión asumía una especial importancia práctica en relación con el derecho de abstención que el artículo 15 de la Ley de suspensión de pagos<sup>108</sup> otorgaba a “los acreedores singularmente privilegiados, los hipotecarios, comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 913 del Código de comercio”, según se ha visto ya en una de las notas anteriores.

De acuerdo con esta última norma, el orden de preferencia de los acreedores era el siguiente:

1º) los singularmente privilegiados (por gastos de entierro. funeral y testamentaria; alimenticios; por trabajo personal; por seguros sociales y mutualismo laboral).

2º) “Los privilegiados que tuvieren consignado un derecho preferente en este Código”.

---

<sup>108</sup> Norma que, por otra parte, concordaba a la letra con el art 900 del Código de comercio, que será objeto de atención más adelante, en cuanto inspirador del respectivo precepto del Anteproyecto de 1888 sobre la quita y espera.

3º) “Los privilegiados por derecho común y los hipotecarios legales en los casos en que, con arreglo al mismo derecho, le tuvieren de prelación sobre los mismos bienes muebles”.

4º) “Los acreedores escriturarios conjuntamente con los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles en que hubiere intervenido Agente o Corredor”.

5º) “Los acreedores comunes por operaciones mercantiles”, y

6º) “Los acreedores comunes por Derecho civil”.

Obsérvese que los acreedores escriturarios se sitúan en cuarto lugar, fuera por tanto de los tres grupos anteriores de acreedores privilegiados. Y que, sin embargo, trayendo a colación el art 1924-3º del Código civil y haciéndole decir que los acreedores escriturarios son “privilegiados por derecho común”, se llegaría a situarlos en el tercer escalón de los privilegiados, conclusión a la que llega precisamente la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, ya transcrita, de 10 de noviembre de 1977. Resulta por tanto particularmente significativo determinar el alcance del art. 1924.3º del Código civil.

En dicha norma se establece que “los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública o sentencia firme... tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias” en relación a los bienes del deudor que no se encuentran afectos a los llamados *privilegios especiales* regulados en los arts. 1922 y 1923.

Aunque no se va a entrar ahora en un análisis exhaustivo de dicha norma<sup>109</sup>, al interpretarla ha destacado de forma señalada el profesor DIEZ-PICAZO que “estos créditos no son en verdad privilegiados”<sup>110</sup>, en cuanto que constituyen “un cuerpo extraño al sistema, introducido por ra-

---

109 Para el que cabe remitir a GARCIA GOYENA, sub 1928; cuya explicación recoge DIEZ-PICAZO (*Fundamentos*, cit., pg. 765), sometiéndola, a su vez, a certera crítica, que hace suya últimamente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pgs. 572-573. Vid. también GULLON, *La prelación de créditos*, cit., pgs. 118-119; con particular detenimiento OLIVENCIA, *Dictamen*, cit., pgs. 49 ss.; DE ANGEL, *En torno al privilegio del crédito quirografario*, cit., *passim*.

110 DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, cit., pg. 765.

zones históricas no bien definidas y en todo caso superadas, que atenta a la *par conditio creditorum* y que debe ser, cuando menos, objeto de una rigurosa interpretación restrictiva”<sup>111</sup>. Tal conclusión se ve avalada, sin duda, por la pura interpretación literal de la norma comentada, en el sentido de que si el Código civil se refiere a tales créditos como *créditos sin privilegio especial*, puede deducirse de ello, en un correcto silogismo, que si no tienen privilegio es que *no son privilegiados*<sup>112</sup>. Como observa incisivamente el profesor OLIVENCIA, “resulta, en efecto, de técnica interpretativa muy artificiosa llegar a la conclusión de que *son privilegiados los créditos que sin privilegio especial constan...*”<sup>113</sup>.

Ahora bien, como es pacífico, la interpretación literal es técnica muchas veces peligrosa y en ocasiones no es extraño que se vuelva contra quien la utiliza. La multivocidad de cualquier vocablo y las continuas piroetas lingüísticas, características de la argumentación jurídica, comportan a menudo discusiones interminables que son de desechar.

En este caso, advierte el propio maestro M. OLIVENCIA -si bien rechaza dicha posibilidad-, pudiera también decirse que el Código civil utiliza aquí la expresión *sin privilegio especial* para indicar que los créditos escriturarios, aun sin ser privilegios especiales o créditos singularmente privilegiados *ex* 1922 y 1923, han de considerarse como privilegios generales o créditos simplemente privilegiados<sup>114</sup>. La advertencia resulta especialmente oportuna: la ya reiterada sentencia de 10 de noviembre de

---

111 Razones que evidentemente alega DIEZ-PICAZO (loc. cit.) a mayor abundancia en favor de su acertada tesis de que tales acreedores no son privilegiados, magnífico punto de partida, para estudios posteriores, sobre todo los de M. OLIVENCIA y R. DE ANGEL. Por ello si en una primera aproximación pudiera defenderse que tales consideraciones no deben hacerse en exclusiva en relación con el art 1924.3º, pues en su mayor parte son generalizables a todo supuesto de privilegio (en efecto, cualquiera de los privilegios, por definición, atenta contra la *par conditio creditorum*, como indica el propio DIEZ-PICAZO en pgs. 750-752; razón por la que se habla de su excepcionalidad -pg. 753- o de la necesidad de que estén taxativamente determinados -GULLON, La prelación, pg. 18-; lo que, a su vez, impone predicar la interpretación restrictiva (DIEZ-PICAZO, 753; GULLON, 19) no cabe la menor duda de que los créditos del art 1924.3º constituyen un cuerpo extraño al sistema y que, en tal sentido, al no estar asentados en la cualidad del crédito como los verdaderos privilegios, no se justifica la ruptura de la *par conditio*, siendo un innegable acierto añadir a la necesidad de interpretación restrictiva el adjetivo rigurosa, como oportunamente destaca DIEZ-PICAZO.

112 Dato gramatical resaltado también por DIEZ-PICAZO, loc. cit., y seguido por M. OLIVENCIA, pg. 58 y R. DE ANGEL, pg. 1156.

113 *Dictamen*, loc. cit.

114 *Dictamen*, pg. 59.

1977 hace gala precisamente de dicha argumentación. Tras indicar que los créditos del artículo 1924 núm. 3 B) del Código civil “gozan de preferencia con relación a los bienes muebles e inmuebles del deudor que resten, una vez satisfechos con cargo a los mismos los créditos enumerados en los arts. 1922 y 1923 del mencionado Código”, afirma que de ello “se deduce... que la calificación que a dicho crédito corresponde es la de privilegiado, sin que a ello obste la circunstancia de no ser un crédito calificado como privilegio especial, pues la propia redacción de los mencionados preceptos del Código civil, así como la de los artículos 15 de la Ley de suspensión de pagos y 913 del Código de comercio pone de manifiesto la existencia de créditos especial o singularmente privados y créditos mercantiles o simplemente privilegiados...”.

El aserto sin duda tiene unos cimientos muy endeble; en realidad, la bipartición de los privilegios que se trae en causa no debería implicar que los créditos ex 1924-3º hubieran de incluirse en cualquiera de ambas categorías: a lo mejor deberían quedar fuera de ambas. De otra parte, la resonancia doctrinal del pasaje transcrito es muy fuerte, recuerda en demasía las visiones reduccionistas de los privilegios ya criticada. Y de base tan débil deducir una consecuencia práctica de tan amplio alcance como conceder derecho de abstención en la suspensión de pagos a los acreedores escriturarios (lo que, en la práctica equivale a verse realmente satisfechos, en contra de lo que ocurrirá con los demás acreedores) es, cuanto menos, aventurado.

Más, según se decía antes, la interpretación literal es espada de doble filo y técnica insuficiente a todas luces. Conviene, pues, argumentar desde otra óptica para contrastar la bondad de la posición aquí defendida en el sentido de que preferencia y privilegio no son una misma cosa, que el sistema legal español actual presupone la pervivencia del concepto histórico de privilegio y que si éste acarrea el efecto de que un crédito sea preferente no puede decirse *a contrario* que la preferencia se asiente siempre en la existencia de privilegios (como asevera la sentencia de 10 de noviembre de 1977 con notorio descuido: “... pues el carácter preferente -y por ello privilegiado- de un crédito viene determinado por la facultad que a su titular concede la Ley para que le sea hecho efectivo con prioridad a otros acreedores...”).

Desde el punto de vista histórico, ha estudiado la cuestión con detalle el profesor OLIVENCIA en el *Dictamen* inédito tantas veces citado en este trabajo. Precisamente por ello, por utilizar un escrito que no ha visto la letra impresa, quisiera dejar bien claro que a continuación me limito a resumir (y posiblemente con escasos acierto y orden) los logros fundamentales de la investigación ajena y, para colmo, de uno de mis maestros más dilectos. ¡Pero, nada, allá vamos; a ver si acertamos!

En primer lugar ha de resaltarse que la legislación mercantil no ha dejado nunca de lado la noción de privilegio, ni en el Código de Sainz de Andino<sup>115</sup>, ni en el definitivo de 1885, aunque en éste se introdujeran reformas de importancia<sup>116</sup>. En el momento de su publicación, según disección personal del profesor OLIVENCIA, el Código de comercio distinguiría las siguientes órdenes de preferencia entre los diversos créditos:

1) Por la cualidad del crédito, es decir, por su causa u origen, que determinar su propia naturaleza (privilegiados).

2) Por la garantía específica que llevan afecta (garantías reales).

3) Por la forma en que constan, cuando ésta ofrece certeza respecto de su fecha (escriturarios), y

4) Créditos en los que no existe motivo especial de preferencia (*comunes*), aun cuando entre ellos el Código de comercio introduzca la novedad de anteponer los mercantiles a los civiles.

En segundo lugar, emana del estudio de OLIVENCIA la convicción de que cuando el art 913 del Código de comercio *dice* en su párrafo 32 *los privilegiados por derecho común* y con independencia de la posible ambivalencia de la expresión *derecho común* utilizada por el Código de comercio<sup>117</sup>, dicha innovación ha de entenderse “referida exclusivamente

---

115 *Dictamen*, cit, pgs. 28 ss.

116 *Dictamen*, cit, pgs. 41 ss. Entre otras -y por mor de la necesaria adecuación a la legislación hipotecaria ya vigente- el establecimiento de dos secciones de créditos: los mobiliarios y los inmobiliarios.

117 Para el tema, vid. F. DE CASTRO, “El término Derecho común en el Código de comercio”, en Anuario de Derecho civil, 1969, XXII-4, pgs. 839 ss.; donde se estudia la cuestión detenidamente con las ha-

a los créditos que, conforme a dicha legislación, mereciesen propiamente el carácter de *privilegia causae*, es decir, por razón de su naturaleza o causa”<sup>118</sup> y no a cualquier crédito preferente con desprecio de su fundamentación. Y parece indiscutible que los créditos regulados en el art 1924-3º del Código civil nunca habían sido considerados históricamente como privilegios. El propio GARCIA GOYENA y, desde luego, el sistema seguido por el Proyecto de 1851 se limitaban a considerar los créditos escriturarios como preferentes (art. 1128 Proyecto), sin que a ellos se hiciera la menor referencia en los arts. 1923 a 1927 al regular *los privilegios stricto sensu*.

A conclusión idéntica llega también M. OLIVENCIA tras realizar un detenido análisis de los debates parlamentarios a que dio lugar el Proyecto de ley de suspensión de pagos, de los que se deduce con toda claridad que el poder legislativo pretendió precisamente cerrar el derecho de abstención a todo acreedor que no estuviera comprendido en los tres primeros números del artículo 913 del Código de comercio<sup>119</sup>. De ahí que el artículo 15 de la Ley de suspensión de pagos resulte prolijo y reiterativo: no sólo se refiere, caracterizándolos, a los acreedores integrados en los tres primeros números del artículo 913, sino que además se remite en concreto a que tales acreedores serán las “comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 913 del Código de comercio”<sup>120</sup>. Técnica recargada sin duda y acaso criticable, pero que debe su génesis precisamente al hecho de que, así, se pretendió aclarar que los créditos escriturarios del artículo 913-4º, por no considerarse privilegiados, no podían considerarse suficientes para

---

bituales maestría y agudeza del autor citado, con ocasión de una famosa sentencia del Tribunal Supremo que tuvo amplia difusión en el mundo jurídico catalán (En concreto, la de 28 de junio de 1968; sobre ella, vid. en el mismo Anuario, fasc. 3, pgs. 692 ss., el estudio de DIEZ DEL CORRAL, “El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil”). Quizás las páginas más oportunas para cuanto aquí interesa sean las 852-853, si bien ha de advertirse que la tesis defendida en este escrito, en relación con el punto concreto abordado, es contraria a la fundamentada opinión del profesor DE CASTRO. Por el hecho de que, como después se verá con mayor detenimiento, el Código civil parece seguir una vía contraria al Código de comercio en materia de privilegios y, por tanto, no parece que resulte posible admitir -al menos para este punto concreto, repito-, que el Código de comercio “se refiere al Derecho común en su sentido más propio, es decir, al Derecho general y normal en materia de Derecho privado, de contenido variable, por tanto, conforme al posterior desarrollo legislativo”.

118 Así, OLIVENCIA, Dictamen, cit., pg. 44. Cfr. posteriormente en el mismo sentido, DE ANGEL, En torno al privilegio..., cit., pg. 1158

119 Dictamen, cit, pgs. 15 ss.

120 Hecho resaltado en el tenor literal del precepto por la coma colocada tras hipotecarios: “los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 913 del Código de comercio, podrán concurrir a la Junta...”

reconocer a sus titulares derecho de abstención, y entonces, partiendo del hecho de que el artículo 1924 del Código civil no sitúa en mejor grado a los acreedores cuyos créditos consten por sentencia judicial firme (a los que no hace referencia el Código de comercio) que a los escriturarios ex 913-4º del Código de comercio y 1924-3ºA, ¿cómo se puede afirmar que los acreedores por sentencia firme tienen derecho de abstención en la suspensión de pagos, tal y como observa la sentencia de 10 de noviembre de 1977. Dado que evidentemente tales acreedores no son singularmente privilegiados, ni privilegiados por el Código de comercio, ni hipotecarios, al Tribunal Supremo no le ha quedado otra vía que recurrir a incluirlos dentro de los privilegiados por derecho común, con yerro a mi parecer evidente.

## **9. Preferencia y privilegios. Breve estudio comparativo del Proyecto isabelino, Ley de enjuiciamiento civil y Código civil**

El error de la sentencia comentada estriba justamente en el hecho de que incluye en un mismo compartimento la preferencia y el privilegio. De una parte, se demuestra ello porque se apoya en una serie de sentencias (27 de enero de 1958, 13 de junio de 1958, 27 de abril de 1967 y 3 de noviembre de 1971) que, en rigor, se reducen a solventar cuestiones de pura preferencia y que, sin embargo, para la sentencia de 10 de noviembre de 1977, han reconocido la *condición privilegiada* de los créditos que constan por sentencia firme.

De otra, el confusionismo entre preferencia y privilegio es, a todas luces ostensible, cuando de aquella se deduce lógicamente la existencia de este último (“el carácter preferente -y por ello privilegiado de un crédito...”), deducción que, lejos de constituir un inocuo obiter dictum de la resolución jurisprudencial, alcanza el triste honor de la pieza maestra del razonamiento. De suprimirla, sería imposible lógicamente afirmar a continuación que “... hallándose incluidos, por tanto, entre los privilegiados de derecho común a que el artículo 913, en su número 3º, se refiere, los créditos del número 3º B del artículo 1024 del Código civil... es indudable les asiste a los titulares de los mismos el derecho de abstención que el artículo 15, párrafo 3º de la Ley de suspensión de pagos les reconoce”.

Sin embargo, por lo que hasta ahora se lleva visto, resulta que lo indudable es precisamente lo contrario: los créditos del artículo 1924-3º son preferentes, pero no son privilegiados no obstante su ubicación sistemática. De añadidura, el apoyo sistemático en la interpretación de los artículos 1921 y siguientes del Código resulta escasamente interesante, en contra de lo que ocurría de la mano del Proyecto isabelino. En éste la materia se perfilaba aparentemente con mayor perfección sistemática. Se dedicaba el título XXIII del libro III a regular la graduación de acreedores y dentro de él se ordenaban las materias de la siguiente forma:

Capítulo 1: Disposiciones generales (arts. 1920-1922)

Capítulo II: De los privilegios (art. 1925)

-Sección 1ª: De los privilegios generales sobre todos los bienes muebles y sobre los inmuebles no hipotecados (art. 1924).

-Sección 2ª: De los privilegios generales sobre bienes muebles (art. 1925).

-Sección 3ª: De los privilegios especiales contra ciertos muebles (art. 1926).

-Sección 4ª: De los privilegios especiales sobre ciertos bienes in muebles (art. 1927).

Capítulo III: De la clasificación de los créditos (art. 1928-1932).

En el capítulo I de los mencionados, el Proyecto se limita a consagrar la responsabilidad patrimonial ilimitada (“bienes habidos y por haber”) en el art. 1920; la llamada *separatio ex iure dominii* en el 1921 (por considerar, con indudable acierto, que los titulares de la misma no son acreedores y, por ende, no han de ser objeto de graduación) y en el art 1922 indica que “el precio de los bienes propios del deudor se distribuirá entre sus acreedores, según la clasificación de que tratan los capitulas siguientes”<sup>121</sup>. La remisión a los capítulos II y III evidencia una claridad

---

121 Subrayados míos.



envidiable para el intérprete del Código civil. En el Proyecto se distinguen de forma nítida y precisa las cuestiones de preferencia, reguladas en el capítulo III, de la caracterización de un crédito como privilegiado, objeto del capítulo II. En la relación legal de privilegios (recuérdese que la doctrina, pacíficamente, reclama las notas de legalidad y excepcionalidad), aparte de algún desajuste que aquí no merece considerarse, se realiza en puridad un elenco de los privilegia causae, de los créditos que en atención a su cualidad o causa y por mera prescripción de la ley (con independencia por tanto de cualquier actividad de los interesados y sin que importe la forma en que aparezcan documentados o reconocidos) merecen ser satisfechos con anterioridad a otros, de forma preferente. Pero el alcance de dicha preferencia se contempla después en el capítulo III, donde ya resulta necesario hacer jugar simultáneamente a créditos de diferente naturaleza: privilegiados (grados 1º, 2º y 3º del art 1928), hipotecarios (grado 4º), créditos que constan de escritura pública y aquellos cuya data sea cierta (grado 5º), los demás créditos o comunes (grado 6º) y las multas (grado 7º).

Del conjunto de preceptos referidos, aparte de otros datos, ha de realizarse o resaltarse el hecho de la perfecta y nítida contraposición entre créditos privilegiados y créditos hipotecarios, como ya se adelantara de la mano de GARCIA GOYENA, al transcribir los comentarios que dedicara al artículo 1923. Importa en mucho subrayarlo y, por ello, es preciso ahora reiterar dicha conclusión basándonos en las consideraciones de orden sistemático que sugiere la lectura de los preceptos correspondientes del Proyecto isabelino: en primer lugar, los créditos hipotecarios no son objeto de consideración en el capítulo I, dedicado a la enumeración de los privilegios y cuando, en el capítulo II, se analiza la colisión de preferencia que entre ambos grupos de créditos pudiera plantearse, ha de atenderse a que, aún incluidos en uno de los grados del artículo 1928, los créditos hipotecarios se presentan como un *cuerpo separado* que se rige por sus reglas propias, por las reglas contenidas en los títulos XIX y XX del Libro III del Proyecto (artículos 1782 a 1889, complementados por las seis disposiciones transitorias que se recogen tras el último), que, como es sabido, constituyen el germen y precedente inmediato de la Ley hipotecaria de 1861<sup>122</sup> La propia

---

122 Cfr. por todos LACRUZ y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., pgs. 51 ss. El hecho de que, junto a los arts. 1782 a 1889, se establecieran una serie de disposiciones tran-

rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II avala lo dicho al hablar “de los *privilegios generales* sobre todos los bienes muebles y *sobre los inmuebles no hipotecados*”.

En segundo lugar, ha de observarse que, cuando en la sección 4ª establece el artículo 1927 que los gastos de mera conservación del último año y los gastos de construcción y reparos mayores tienen privilegio especial sobre ciertos bienes inmuebles, el propio artículo indica a continuación que “este privilegio está sujeto a lo determinado en los arts. 1874 y 1875 y no surte efecto contra los acreedores anteriores a la data de la anotación preventiva, sino en cuanto al valor de los edificios u obras”. Esto es, que a través de la técnica de la anotación preventiva dichos créditos se incorporan en el sistema de publicidad registral inmobiliaria perfeccionado por el Proyecto isabelino, de manera tal que, junto al reconocimiento del carácter privilegiado de tales créditos, se les advierte a sus titulares que deben entrar en el juego propio de las reglas registrales<sup>123</sup>. Son estos créditos: los refaccionarios, que el Proyecto reconoce tanto en relación con los bienes inmuebles (art. 1927) como sobre los bienes muebles (art. 1926) otorgándole un destacadísimo lugar preferente. Y son verdaderos privilegios fundados en la consideración de que -como explicara GARCIA GOYENA, sub 1927.1º- de no realizar dichos gastos “se había determinado el inmueble en perjuicio de los otros acreedores, y por igual razón se dispone lo mismo respecto de los muebles en el número 12 del artículo anterior”<sup>124</sup>.

En el Código civil se encuentran regulados en los arts. 1922-1º y 1923-3º y 5º, muebles o inmuebles y, en este último caso, según hayan sido objeto de toma de razón o no en el Registro. Aunque no deseo extenderme sobre tal extremo, creo necesario insistir en que, con independencia de

---

sitorias manifiesta por sí mismo la necesidad de ajustar las titularidades reales a la nueva conformación de la publicidad inmobiliaria, asentada fundamentalmente en la instauración del Registro público, al igual que harán después la Ley Hipotecaria de 1861 y sus sucesivas reformas.

123 Aunque este matiz se desarrolle de forma desafortunada por el artículo 1874 diciendo que si no requieren la anotación preventiva, “no tendrá el privilegio que se les concede en el artículo 1927”, cuando lo que ocurriría sería que la preferencia derivada del privilegio decaería, por ser de peor grado, frente al titular inscrito de un derecho real.

124 Entre otras, vid. con mayor detenimiento la cuestión de los antecedentes históricos de los créditos refaccionarios y la extensión del concepto de crédito refaccionario inmobiliario en GULLÓN, *La prelación de créditos*, cit., pgs. 33 ss. y 87 ss. Con posterioridad, DE ANGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, pgs. 141 ss. y 179 ss.

dicha circunstancia, los créditos refaccionarios son siempre privilegiados y que tal carácter o naturaleza no se modifica por su constatación o falta de constatación registral. Lo que se altera es precisamente el grado de preferencia<sup>125</sup> en relación con los demás créditos que puedan recaer sobre el inmueble, asimilándose en el primer caso a los hipotecarios y gozando de prelación por el orden de antigüedad de la toma de razón registral (art. 1927-2<sup>a</sup>), mientras que los refaccionarios no anotados ni inscritos, siendo por descontado privilegiados, se colocan por detrás (art. 1923-5<sup>o</sup> y 1927-3<sup>o</sup>) y “gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad”, según preceptúa *in fine* la regla 3<sup>a</sup> del art 1927<sup>126</sup>.

En efecto, como bien dice R. DE ANGEL, el hecho de la anotación “produce respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca (artículo 59 de la Ley hipotecaria), desde ese mismo momento (anotación del contrato del que deriva el crédito en el asiento de inscripción de la finca que es o ha de ser objeto de las obras)<sup>127</sup>, y en consecuencia el acreedor goza de todos los derechos previos al *ius distrahendi*: incremento de la cosa refaccionada (artículo 109 de la Ley hipotecaria), a la ampliación de la garantía (art. 115), la acción de devastación (art. 117) y el derecho a transmitir el crédito. Posteriormente, cuando el crédito ha adquirido definitivamente la cualidad de refaccionario, siendo ya exigible, el acreedor tiene el derecho de realización de la finca refaccionada, cuando aquel no ha sido satisfecho”<sup>128</sup>.

El hecho de que se superpongan, así, la preferencia propia derivada del privilegio y la dimanante de la constatación registral evidencia que las causas de preferencia son diferentes. Que para hacer de mejor grado al crédito refaccionario inmobiliario, la preferencia hipotecaria se añade, como un plus, a la preferencia derivada del privilegio en sí mismo considerado. Son dos planos diferentes que, sin ánimo de entrar en evanescentes

---

125 Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit, pg. 275.

126 Vid. A DE COSSIO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2<sup>a</sup> ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pg. 270.

127 Pero para ello es preciso que.. la finca, objeto de la refacción no se halle gravada por derechos reales inscritos a favor de otras personas. Vid. sobre el particular, A. DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, cit., pgs. 271-272; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 6<sup>o</sup> ed., tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, pgs. 72 ss.

128 DE ANGEL, Los créditos derivados del contrato de obra, cit., pgs. 210-211; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, cit, pgs. 76-77.

cuestiones de naturaleza jurídica del supuesto de hecho, se justifican perfectamente desde el momento en que se instituye el moderno mecanismo de la publicidad inmobiliaria.

Al menos, así lo explica mi maestro el profesor A. DE COSSIO de forma, a mi entender, palmaria. Siendo así que el crédito refaccionario para adquirir privilegio requería que el crédito concedido para las obras se hubiera invertido totalmente en la refacción y jugando la razonable regla de prelación por el orden inverso a su antigüedad, la instauración de la legislación hipotecaria no podía dejar de afectar a la materia “en un doble sentido: de una parte, anteponiendo en el orden de prelación cualquier derecho inscrito o anotado al crédito refaccionario, que solo mediante su acceso al Registro podía gozar de preferencia hipotecaria a partir de la fecha de la misma, y, en segundo término, para compensar tal consecuencia impuesta por el principio de la publicidad, estableciendo una especial forma de garantía que pusiere al acreedor a cubierto de los riesgos que suponía la posible inscripción de nuevos derechos o cargas sobre la finca refaccionada, mientras durasen las obras, ya que en tanto las mismas no estuviesen terminadas no nacería el privilegio”<sup>129</sup>.

Puestas así las cosas, si se observa atentamente, resulta que partiendo de dichas consecuencias, el crédito refaccionario, incluso registralmente anotado, tiene en el régimen jurídico español una naturaleza privilegiada. Pero de este dato toma impulso el legislador para otorgarle una preferencia hipotecaria que no tendría de haber quedado fuera del registro. Así, materialmente, el crédito refaccionario inmobiliario queda asimilado a la hipoteca; actúa como verdadera hipoteca, en palabras del profesor DE COSSIO. Es más, en cuanto al plusvalor que la finca, ha adquirido como consecuencia de la refacción, “actúa como primera hipoteca, con preferencia incluso sobre los derechos reales registralmente constituidos

---

129 Impecable, sin duda, la argumentación del profesor DE COSSIO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, cit., pg. 271.

Para más detalles respecto de la delimitación conceptual de crédito refaccionario, vid. GULLON, *La prelación de créditos*, cit, pags. 88 ss; DE ANGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, cit, pgs. 184 ss.; ambos sobre todo el último, preconizan un concepto de crédito refaccionario más amplio que el utilizado por DE COSSIO, quien parte de la consideración que merecía el crédito refaccionario a las Partidas. Con todo, incluso extendiendo el concepto, creo correcta la argumentación de mi maestro.

con anterioridad”<sup>130</sup>. En dos palabras, la condición privilegiada del crédito refaccionario inmobiliario ha constituido la ratio de la regulación hipotecaria establecida ya en la ley de 1861: reconversión material del privilegio a crédito hipotecario en caso de que sea objeto de anotación preventiva. In-necesario es decir que, en tal caso, la condición privilegiada subyace, pero como presupuesto de la voluntad legis. Los efectos prácticos que produce la anotación no se derivan desde luego del privilegio, sino de la preferencia hipotecaria que la ley del mismo nombre le otorga.

Aunque la cuestión apuntada es, a no dudarlo, interesantísima, aquí ha de bastar con lo dicho. Tornemos ahora al objeto central de este parágrafo: el estudio comparativo entre los cuerpos legales indicados.

Frente a la claridad de líneas del Proyecto isabelino, el Código civil parece enturbiar definitivamente la cuestión cuando -según se presume muchas veces, por lo menos de forma implícita- opta por renunciar al concepto técnico de privilegio. Extraño punto de llegada sin duda, porque, como ya se ha visto, aceptarlo sería notoriamente perturbador, aunque sólo fuera por la circunstancia de que el *concepto legal de privilegio* seguía -y sigue- vivo en la legislación mercantil.

En todo caso, sea lo que fuere de la anterior cuestión, en comparación con el Proyecto isabelino, la ordenación sistemática del título XVII del Libro IV del Código civil da la impresión de complicar extraordinariamente las cosas. Para colmo, una vez publicado el Código civil, de forma paulatina la doctrina especializada comienza a hacer gala (nominal, al menos) del término privilegio y acaba por predicar una desmedida extensión del concepto, como si, en cierta medida, tratara de “recuperar *proustianamente* el tiempo perdido” o “desfacer el (presunto) entuerto” en el que incurrieron ALONSO MARTINEZ y sus eximios colaboradores.

Lo cierto es que la redacción definitiva del Código civil sistematiza la cuestión *De la concurrencia y prelación de créditos* en tres capítulos di-

---

130 A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, cit, pg 273; en el mismo sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, cit, pg. 77. Vid. también el trabajo de SANCHEZ MATA, “El plusvalor en el crédito refaccionario”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1944, pgs. 573 ss., donde se estudia el tema de la concurrencia de acreedores refaccionarios y acreedores anteriores inscritos.

ferentes dedicados respectivamente a:

- 1) Disposiciones generales,
- 2) De la clasificación de créditos,
- 3) De la prelación de créditos,

y lo hace de forma especialmente complicada aunque la Comisión de codificación actuase verosíblemente movida por el loable intento de simplificar la materia. Trataré a continuación de fundamentar las afirmaciones anteriores.

En el Capítulo I se mantiene la responsabilidad patrimonial universal en el art 1911 y, a continuación<sup>131</sup>, el Código civil se complace en desgarnar una serie de normas acerca del convenio de quita y espera y del concurso de acreedores, materias reguladas ya por la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 y que acaso no hubieran debido encontrar acogida en el Código civil, atendiendo al hecho de que en el título XII del libro II de aquélla se contemplaban con evidentes detenimiento (arts. 1130 a 1317<sup>132</sup>).

Alguna razón debió mover al legislador del Código para reiterar el tratamiento de tales cuestiones y desde luego parece obvio que el Código civil no introduce novedades procesales propiamente dichas, ya que respecta el procedimiento establecido en los artículos 1130 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, al propio tiempo que recoge algunas normas de la misma sin alterarlas<sup>133</sup>. Pero también introduce modificaciones de cierta

---

131 Téngase presente que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, derogó los artículos 1.912 a 1.920 del Código civil.

132 Las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos, se encuentra ahora expresamente integrado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en los artículos 183 y sigs, modificados a su vez por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de Ley Concursal.

133 Sin ánimo alguno de exhaustividad, en prueba de lo dicho acaso bastaría con indicar que el art 1912 del Código civil en su primera parte se limita a reiterar el art 1130 de la Ley de enjuiciamiento civil mientras que el inciso final es una pura remisión a las reglas rituarías. La inhabilitación del concursado para administrar del art 1914 del Código civil se encontraba ya expresada en el art 1161 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Lo mismo ocurre respecto del vencimiento automático por la declaración de concurso de todas las deudas a plazo del concursado (arts 1172 de la Ley de enjuiciamiento civil y 1915 del Código civil. Por otra parte la coincidencia entre la segunda parte del art 1919 del Código civil y el párrafo primero del art 1155 de la Ley de enjuiciamiento civil es evidente.

importancia que precisamente recaen sobre las cuestiones aquí tratadas: los acreedores que tienen derecho a abstenerse en la quita y espera de una parte y, de otra, los estados en que habría de materializarse la *graduación de los créditos* en el concurso.

Acaso tales extremos fueran precisamente los que sirvieron de impulso a la Comisión de codificación para hacer una referencia, más detenida de lo que hubiera sido necesaria, al concurso de acreedores y a la quita y espera; de ser ello cierto se explicaría la introducción de ese cuerpo de normas integradas entre los arts. 1912 y 1920 CC como un oportuno toque de atención de las modificaciones realizadas en la materia. Veámoslas con algún detenimiento y con la separación debida, aunque sólo sea por el hecho de la ajustada indicación de la doctrina procesalista de que -no obstante el tratamiento que recibe por parte de los textos legales- la quita y espera “no constituye una parte del concurso, sino un procedimiento independiente que tiene por finalidad precisamente el evitarlo”<sup>134</sup>.

De acuerdo con lo preceptuado en los arts. 1130 y siguientes, generalizando cabe decir que la consecución del convenio de quita y espera se regula por un “procedimiento democrático” en virtud del cual, conseguida la pertinente mayoría de acreedores, los que quedan en situación minoritaria han de pasar por él. La Ley de enjuiciamiento civil permite sin embargo que ciertos acreedores se abstengan de asistir a la junta y que, por tanto, “no quedan obligados a estar y pasar por lo acordado” (en expresión del 1140-2), esto es, que pueden proseguir o intentar la ejecución individual sobre los bienes del deudor. En tal sentido, expresa el párrafo 1º del

---

134 Cfr., HERCE QUEMADA (en colaboración con GOMEZ ORBANEJA), *Derecho procesal civil*, vol II, 7ª ed., Madrid, 1975, pg. 189, donde recoge opiniones de los procesalistas patrios más significativos. Sin embargo para cuanto se desarrolla a continuación en el texto no hace indicación alguna de interés limitándose a afirmar que el art 1140 de la Ley de enjuiciamiento civil ha sido modificado por el 1917 del Código civil.

Lo mismo que puede observarse en GUASP (pg. 598), para quien “la quita y espera es, en primer término un verdadero proceso” y no un procedimiento: *Derecho procesal civil*, tomo 11, 2ª reimp. de la 3ª ed. 1968, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1977, pgs. 590 ss. En el mismo sentido, cfr. PIETRO-CASTRO, *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, Ed. Tecnos, M.U.E., tomo IV, Madrid, 1974, pg. 127, y *Derecho procesal civil*, vol. II, Madrid, 1969 (nueva ed.), pgs. 490 y 485, donde observa que “los acreedores con derecho de abstención no son los del art 1140 de la Ley de enjuiciamiento civil, sino los que menciona, en mayor número, el art 1917, in fine, del Código civil, que implícitamente deroga aquel”. Vid. también MIGUEL Y ROMERO y DE MIGUEL Y ALONSO, *Derecho procesal práctico*, 11ª ed., tomo II, Barcelona, 1967, pg. 86. En la doctrina civilista, cfr. recientemente LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1, cit., pgs. 180-181

artículo 1140 que “los acreedores por trabajo personal y alimentos, gastos de funeral, ordenación de última voluntad y prevención de *ab intestato* o testamentaria, así como los hipotecarios con hipoteca legal o voluntaria, podrán abstenerse de concurrir a la Junta o de tomar parte en la votación: “por tanto, de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento civil, se concedía el derecho de abstención a los acreedores *privilegiados* (por las diferentes causas indicadas) y a los acreedores hipotecarios. En la misma línea se mantiene, ya a las puertas de la promulgación definitiva del Código civil, el Anteproyecto de 1888, en cuyo respectivo artículo<sup>135</sup> se indica sólo que los convenios que el deudor y sus acreedores celebren judicialmente, y con las formalidades de ley, sobre la quita y espera, o en el concurso, serán obligatorias para todos, excepto para los *acreedores que, teniendo derecho de abstenerse*, hubiesen usado de él debidamente”. Al propio tiempo, se indica en el Anteproyecto que para la redacción del precepto se había tenido en cuenta el art 900 del Código de comercio; el cual, en caso de convenio entre los acreedores y el quebrado, establece precisamente que sólo “los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio...”.

En cambio, a la publicación del Código civil se introduce un importante giro en la materia, al preceptuar en el último inciso del art 1917 que “tienen derecho de abstenerse los acreedores comprendidos en los artículos 1922, 1923 y 1924”. La remisión supone ni más ni menos que un notable incremento, del elenco de posibles *abstencionistas*, hasta llegar a los titulares de “los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública o por sentencia firme” referidos en el párrafo 3º del art. 1924 del Código civil<sup>136</sup>. Giro sin duda importante y, de forma simultánea, perturbador y causante en parte de la escasa aplicación práctica de que es objeto el procedimiento de quita y espera: no es necesario tener una *cualificación*

---

135 Cfr: la citada ed. de M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, pgs. 732-733. En la enumeración parcial del Título, es el artículo 8.

136 A pesar de dicha conclusión, no creo que el resultado pueda trasplantarse de la quita y espera a la suspensión de pagos, para la que sigo manteniendo lo dicho anteriormente. Es más, ha de recordarse ahora en particular el hecho de que en la discusión parlamentaria del Proyecto de ley de suspensión de pagos se insistiese tanto en este punto, como ha revelado incisivamente OLIVENCIA, acaso para evitar la inoperancia y disfuncionalidad que hoy caracteriza el procedimiento de quita y espera, de tan escasa aplicación práctica. De otra parte, téngase en cuenta la coherencia de dicha conclusión con el art 900 del Código de comercio.



especial como ocurría antes para poder abstenerse de participar en el convenio; disminuidos los requisitos de *cualificación del crédito*, en realidad, cualquier acreedor puede conseguir independizarse de la vía de la quita y espera. Le basta con haber formalizado el crédito en escritura o conseguido una sentencia a su favor, pues, incluso de remate en un proceso ejecutivo. Si bien se piensa, optando por dicha extensión del grupo de posibles abstencionistas, el Código civil ha introducido un factor de distorsión en la quita y espera que, en rigor, la condena al ostracismo. En efecto, dicha extensión es estructuralmente contraria y lógicamente contraproducente atendiendo a la finalidad última (o al fundamento o *ratio*) tanto de los procesos universales de ejecución propiamente dichos -concurso de acreedores y quiebra-cuando de los procedimientos preventivos de la ejecución universal -quita y espera y suspensión-, duplicados en atención a la condición del deudor (comerciante o no) y de acuerdo con una clasificación que no es absolutamente pacífica<sup>137</sup>. Lo cierto es que cualquiera de los procedimientos antedichos, englobadas todas ellas con mayor o menor precisión en lo que doctrinalmente ha dado en llamarse *Derecho concursal*, se asientan en la idea central de facilitar en la mayor medida posible la *par conditio creditorum*, en evitar que, en situaciones patrimoniales cercanas a la insolvencia o a la imposibilidad coyuntural de hacer frente a sus acreedores por parte del deudor<sup>138</sup>, la mayor diligencia o intransigencia de uno varios acreedores comporte precisamente la lesión de los créditos restantes.

Se trata, por tanto, de evitar “carreras hacia el cobro” y establecer un “impasse” o compás de espera en virtud del cual pueda determinarse con precisión la verdadera situación patrimonial del deudor y, a consecuencia de ello, ver hasta qué punto pueden ser satisfechos los diversos acreedores. Siendo ello así, la ruptura o quiebra de la *par conditio* ha venido inspirada siempre por la idea de excepcionalidad, otorgándose derecho de abstención exclusivamente a acreedores especialmente cualificados. A los titulares de

---

137 Para mayores precisiones he de reenviar a las obras de Derecho procesal, ya que el análisis de las mismas excede sin duda del objeto de este estudio. Con cita de las opiniones más relevantes puede cfr., por todos, a nivel instrumental, HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, cit, 11, pgs. 188 ss y 245 ss.

138 Expresiones sin duda generalizantes y relativamente indeterminadas e imprecisas, pero elegidas de forma deliberada con la pretensión de no alargar en exceso el texto y en espera de que sean rectamente entendidas. En términos del prof. DIEZ-PICAZO las situaciones materiales a que se hace referencia quizás cupiera reconducirlas lisa y llanamente a la idea de insolvabilidad (contrapuesta a la idea de insolvencia por el mayor ámbito de aplicación de aquella). cfr. *Fundamentos*, cit., pgs. 750-751

derechos reales porque, de no hacerlo, todo el sistema de Derecho patrimonial privado habría de buscar asentamiento en bases lógicas, dogmáticas y legales diferentes a las características de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, fundados en la medular distinción entre derecho real y derecho de crédito. A los acreedores privilegiados y precisamente atendiendo a la causa del crédito y por razones de todo punto evidentes que justifican (o históricamente han justificado y hoy parecen criticables lo que es otra cuestión) el excluirlos del juego de la *par conditio*. Pero lo que no parece congruente es buscar la *par conditio* mediante una desmedida ampliación del concepto de privilegio, desnaturalizándolo y asimilándolo a la pura preferencia, o -en este caso- reconociendo derecho de abstención a *cualquier acreedor* por el mero hecho de gozar de *algún tipo de preferencia* como el dimanante de la documentación del crédito, por mucho que esta garantice la certeza de la fecha. En virtud de semejante técnica no cabe impulsar desde luego la aplicación práctica del procedimiento estudiado<sup>139</sup>.

Visto lo anterior, corresponde ahora analizar la segunda de las modificaciones sustanciales que se observan en la regulación del concurso de acreedores al comparar la Ley de enjuiciamiento civil con el Código civil. Según el artículo 1268 de aquella en la *graduación de los créditos* “los síndicos formarán para dar cuenta a la Junta, cuatro estados que comprenderán:

*EL PRIMERO*, los acreedores por trabajo personal y alimentos.

Si se tratase de un *ab intestato* o de una testamentaria concurrida, se colocarán en este lugar los acreedores por gastos de funeral, proporcionando a las circunstancias del finado, y por los ocasionados con motivo de la ordenación de su última voluntad y formación de inventario, y diligencias judiciales a que haya dado lugar el *ab intestato* o testamentaria.

*EL SEGUNDO*, los acreedores hipotecarios, por el orden de preferencia que en derecho les corresponda.

---

139 De añadidura, en otro orden de ideas, habría de añadirse a lo analizado en el presente trabajo la inconsecuencia teórica y la intrascendencia práctica que, en terminos del profesor GUASP, acusan todos los procesos de eliminación; en efecto, según GUASP “sería difícil imaginar el caso de un deudor que, no habiendo conseguido, extrajudicialmente, llegar a un acuerdo con sus acreedores, lo logre a través del mecanismo judicial, mucho más costoso y complicado”, cfr. *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pgs. 592-593.

Se comprenderán en este estado tanto los acreedores que tengan a su favor hipoteca legal que se halle subsistente como los que la tengan voluntaria, con la advertencia, respecto de éstos, de que su preferencia se limitará a los bienes hipotecados especialmente; y si su valor no alcanzase a cubrir el importe total del crédito asegurado con la hipoteca, serán considerados como escriturados por la diferencia. También se comprenderán en este estado los acreedores con prenda, limitando igualmente su preferencia al valor efectivo de la misma, la que devolverán a la masa del concurso.

EL TERCERO, los acreedores que lo sean por escritura pública, por el orden de sus fechas.

EL CUARTO, los comunes, comprendiendo en este estado todos los créditos no incluidos en los tres anteriores”.

Por su parte, el artículo 1290 de la Ley ritaria, al establecer las reglas atinentes al pago de los créditos, completaba la norma anteriormente transcrita preceptuando que “hecho por su orden el pago de los créditos comprendidos en los tres primeros estados de graduación, los fondos que resten se distribuirán a prorrata entre los acreedores comunes por medio de dividendos, que se repartirán según se vayan realizando los bienes del concurso y se reúnan fondos bastantes para cubrir el 5 por 100, cuando menos, de los créditos pendientes” (párrafo 1º).

Ya a primera vista cabe observar que el régimen de graduación establecido por la Ley de enjuiciamiento civil, aun sin entrar en detalles que posteriormente se irán poniendo de manifiesto, jerarquiza los créditos concurrentes de acuerdo con el esquema siguiente:

1) *Acreedores privilegiados* (pues es de todo punto obvio que, si bien no se llegue a utilizar el término privilegio, el precepto no hace más que ofrecer un elenco de caracterizados *privilegia causae*, históricamente admitidos y contrastados).

2) *Titulares de garantías reales* ya sobre inmuebles (hipoteca) ya sobre muebles (prenda).

3) *Acreeedores escriturarios* propiamente dichos, esto es, cuyo crédito conste en escritura pública.

Tales grados, a salvo de cuanto después se dirá respecto de la relación (o falta de relación) entre hipotecarios y privilegiados, son excluyentes a efectos del cobro por imperativo del art 1290 y dentro del propio art 1268 se señala la respectiva prelación entre ellos. En el grado primero, de acuerdo con el orden de su enunciación. Respecto de los hipotecarios, mediante remisión a las normas de la Ley hipotecaria, ya vigente. Respecto de la prenda, no cabiendo contencioso, se limita a declarar que la preferencia se limita al valor del crédito con la misma garantía. El tercer grado en su caso impondría atender a la mayor antigüedad de las escrituras, siendo por tanto créditos preferentes entre sí y respecto de los comunes que se enuncian a continuación, pero no privilegiados, de acuerdo con la tesis aquí mantenida.

4) *Acreeedores comunes*, que cobrarán a prorrata sin preferencia alguna entre sí.

Tras la publicación del Código civil, la doctrina iusprivatista y procesalista ha resaltado con notoria unanimidad que el sistema de graduación de la Ley de enjuiciamiento civil ha sido derogado por los artículos 1921 y siguientes del Código, en los que las reglas establecidas siguen derroteros muy diferentes como, en seguida se verá.

Derogación y cambio de rumbo que, con todo no ha sido suficientemente subrayado y que, a veces, llega incluso a enmascararse por el excesivo celo en búsqueda de la simetría que no pocas veces se adueña de los juristas. En tal sentido no es extraño leer que los cuatro estados anteriores han de reconvertirse ahora a los siguientes:

1º) Créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles del deudor.

2º) Créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles del deudor.

3º) Créditos que gozan de preferencia respecto de los demás bienes muebles e inmuebles del deudor.

4º) Créditos comunes, regulados, respectivamente, en los artículos 1922, 1923, 1924 y 1925 del Código civil<sup>140</sup>.

Ni que decir tiene que dicha simetría formal no puede, en modo alguno, silenciar la profundidad del cambio producido en la legislación civil al regular *la concurrencia y prelación de créditos*, si se compara el Código vigente con el Proyecto de 1851 (o con los Códigos civiles francés o italiano). Pero, al propio tiempo, la afirmación de que el *sistema de graduación de créditos por estados*, característico de la Ley de enjuiciamiento civil, se ha visto derogado por el Código civil, quizás no deje de ser una observación de puro carácter formal. Porque los criterios medulares del Código civil 1881 al respecto no dejan de ser mucho más acordes con la Ley de enjuiciamiento civil de lo que, a primera vista, parece y de lo que, comúnmente, se afirma, sobre todo por la doctrina procesalista.

Así se manifiesta cuando se analizan los capítulos II y III del título XVII del Libro IV del Código civil, donde se encuentran formuladas las reglas de *clasificación y prelación de créditos* que han venido a sustituir el anterior *statu quo* legislativo.

En el capítulo II, el Código civil dice realizar la *clasificación* de créditos para establecer, en el capítulo III, la *prelación* de los mismos, es decir, la preferencia entre ellos.

---

140 Una muestra significativa de lo dicho puede verse en la obra institucional de Derecho procesal que se viene citando: HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, 11, pg. 315. La misma simplificación podía observarse ya en M. DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. 11, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1945, pg. 636. Con algun detenimiento y mayor precisión trata el tema GUASP, hablando sólo de tres estados y diciendo con mayor generalidad que los criterios de graduación han de atemperarse tras la publicación del Código civil a lo dispuesto en los artículos 1922 y ss, si bien sin llegar a resaltar el fondo de la modificación habida. Cfr. *Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pgs. 297 ss. En similares términos, PRIETO CASTRO, *Derecho concursal...*, cit., pg. 122 y *Derecho procesal civil*, tomo II, cit, pg. 484. En ellas indica, entre otras cosas, lo siguiente: "hay que tener muy en cuenta que las clasificaciones y prelación que resultaban de las normas de la Ley de enjuiciamiento civil se han alterado sustancialmente por el Código civil, al que habrá que atenerse, de modo que los estados a confeccionar por los Síndicos son los que impone este cuerpo legal. Cfr. en CASTAN, *Derecho civil*, III, 9ª ed, 1958, pg. 242, el cuadro sinóptico de la clasificación)".

Vid. también MIGUEL ROMERO Y DE MIGUEL ALONSO, *Derecho procesal práctico*, tomo II, cit., pgs. 95-96.

En una primera aproximación la lógica de las rúbricas parece no corresponderse con el articulado. La numeración ordinal de los diferentes créditos comprendidos en los diversos artículos que integran el capítulo II produce la impresión de que se están estableciendo reglas de preferencia. De otra parte, en dicho capítulo, parece realizarse, más una *amalgama* que una verdadera clasificación de créditos.

De otra parte, está el hecho de que la lectura del Código civil genera la impresión de que, en él, se deja de atender a la propia naturaleza u origen del crédito y se hace únicamente hincapié en los bienes con cuyo precio ha de hacerse frente a la satisfacción de los diversos créditos. Así este dato objetivo sería el único que tendría importancia para realizar la clasificación de los créditos. Se introduciría así mediante la publicación del Código civil un sistema que introduciría profundos desajustes con la legislación mercantil; al propio tiempo que se podrían resaltar ciertas disfuncionalidades de importancia en el propio esquema de la materia presentado por el Código civil. La fundamental de ellas que en el capítulo II (*De la clasificación de créditos*) se establecerían sedicentes reglas de preferencia, para, a continuación, desmentirlas en el capítulo III (*De la prelación de créditos*). Se presenta así un panorama desolador y que dice muy poco en favor de la Comisión redactora del Código civil, pero ¿serán ciertos tales desajustes?

El primero de los extremos apenas referidos, la hipotética falta de adecuación entre legislación civil y mercantil ha sido ya puesta de manifiesto con suficiente detenimiento.

Ahora, para cerrar estas páginas, que se prolongan en demasía y cuyo desarrollo camina por lindes excesivamente alejadas del objeto propio de este estudio, habrá que limitarse a dejar apuntado el hecho de que, aun cuando la cuestión no ha merecido demasiado atención por parte la doctrina (ni siquiera por los procesalistas, quienes -siguiendo la huella de la importante reforma que, en relación con la Ley de enjuiciamiento civil, introducen los arts. 1922 ss del Código civil- se encontraban en mejores condiciones para hacerlo), con la publicación del Código civil, la materia

concurral alcanza una notable complejidad<sup>141</sup> y ello a pesar de que, presumiblemente, la pretensión de los “codificadores civiles” fue precisamente la de simplificarla. Sin embargo, de entrada la complejidad de la materia se vislumbra desde el momento en que no existe la debida armonía formal entre los diversos cuerpos legales. El Código de comercio, por lo que dispone, se declara tributario de las épocas históricas anteriores conservando en su acepción estricta los privilegia causae. En la misma línea se mantiene la Ley rituaría y, finalmente, en 1922, la Ley de suspensión de pagos acepta el esquema de graduación de créditos establecido en aquellos cuerpos legales.

El Código civil, sin embargo, se presenta con un afán renovador en la materia y se separa largamente del Proyecto isabelino (concorde con la legislación mercantil), instaurando un sistema propio que, en contra de lo que pueda parecer prima facie, se asienta de forma primordial en las concretas reglas de preferencia, de prelación, establecidas en los arts. 1926 y 1927. Porque en dichos preceptos se pone de manifiesto que la numeración ordinal de los artículos 1922 y 1923 no implica necesariamente un escalonamiento de preferencia, sino que se reduce más bien a una simple enumeración de las causas de preferencia o, mejor aún, una enumeración de créditos preferentes admitidos por el Código civil en atención a una doble causa: reconocimiento, de algún modo, de los que históricamente fueron privilegia causae y existencia de garantías reales. El artículo 1924, en cambio, por imperativo del artículo 1929, recogiendo sólo privilegia causae en sus dos primeros números, habría de entenderse que sí establece en efecto un escalonamiento de preferencia y respecto del número tercero declara igualmente preferencia con el alcance que se expresará en el párrafo siguiente.

Siendo ello así, entonces, cabría decir que el Código civil ha regulado la concurrencia de créditos haciendo hincapié en el concepto genérico de la preferencia, buscando así una “simplificación” o “racionalización” de la materia que acaso no merezca tan acres adjetivos como se le han dedicado alguna vez.

---

141 Evidentemente, la graduación y prelación de los créditos tiene relevancia también fuera de la órbita concursal, como ya se ha indicado (tercería de mejor derecho), pero es obvio igualmente que, por así decirlo, es su lugar natural

Resulta, en efecto, impensable que la Comisión redactora del Anteproyecto<sup>142</sup> desconociera el desarrollo histórico de los privilegios y no fuera consciente de que, en contra de lo que ocurría en el Proyecto de 1851, amalgamaba, en los (hoy día) arts. 1921 ss., privilegios, garantías reales y otras preferencias. Parece, por tanto natural plantear la hipótesis de que, en los trabajos preparatorios inmediatos a la publicación del Código civil, el legislador optó por resaltar que a fin de cuentas el efecto cardinal de la prelación (como expresa la rúbrica del capítulo III), de la preferencia, podía dimanar de diversas causas.

Señaladamente entre ellas, los privilegios y las garantías reales, de acuerdo con la doctrina y legislación del momento, además de la preferencia que dimana de la antigüedad de la documentación del crédito ex art. 1924-3º. Con ello, el Código optaría o habrías optado, en definitiva, por situar la cuestión en el efecto marco de la preferencia respetando materialmente la doctrina de los antiguos privilegia causae (como lo demuestran los diversos números del artículo 1922, con excepción del 2º y 3º; los dos primeros números del art 1923; y, por fin, el conjunto del artículo 1924, con la salvedad de su número 3º. Y, de otro lado, manifestando simultáneamente que la *preferencia real* (esto es, la consiguiente a las garantías reales) hay veces que se antepone a la *preferencia privilegiaria* (art. 1922 en relación con las dos primeras reglas del art 1926), mientras que, en otros casos, declara esta última de mejor grado (regla 1ª del art 1927 en relación con el art. 1923, por ejemplo).

De ser lo anterior cierto, resultaría que el Código civil no ha tergiversado ni desconocido el *concepto histórico-técnico de los privilegia causae*, en cuanto sigue reconociendo a los mismos *preferencia*. Lo que habría ocurrido sería que tomando como máximo común denominador la idea de preferencia, ha optado por combinarlos con las *puras preferencias reales*, atendiendo a fin de cuentas a cuál es el resultado práctico del enfrentamiento entre ambos tipos de preferencia y estableciendo las oportunas reglas -ya aludidas- de prelación en caso de colisión. Junto a estas dos categorías

---

142 Porque el actual título XVII del libro IV se encontraba ya tal cual (con sólo tres variantes de importancia, aunque, a fin de cuenta, de detalle) en el respectivo título del Anteproyecto. En él además se da cuenta de las normas que han servido de inspiradoras. Cfr. la Edición de M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, pgs. 729 a 744.



y en atención a la certeza de la fecha, los créditos del art. 1924-3º vendrían a constituirse en una tercera causa o tipo de preferencia (no privilegiada, ni real) que pudiéramos denominar, con acierto a nuestro juicio, *preferencia documental*. Y es que en la materia no. es posible funcionar a base de reduccionismos.

En un apretado pasaje de sus *Instituciones* creo ver una sutil y precisa advertencia de mi maestro A. DE COSSIO que no quisiera dejarme en el tintero. Y no me mueve a ello sólo la admiración por él sentida o la comprensible ceguera de discípulo, circunstancia siempre atenuante, sino la profunda convicción de que realiza un acertado planteamiento de la cuestión.

Lejos de solazarse en ella transcribiendo artículos del Código civil y sin recurrir a la común bipartición de privilegios generales y especiales (y dentro de estos la subclasificación entre mobiliarios e inmobiliarios), el profesor DE COSSIO enfoca la cuestión por derroteros menos formales y más fructíferos. Tras la indicación preliminar de que frente a un problema de concurrencia podría recurrirse, *desde un punto de vista lógico*, ya al principio *concurso partes fiunt* ya al conocido brocardo *prior tempore potior iure*, afirma que “sin embargo, nuestro Derecho, aun admitiendo y combinando tales principios, establece unos criterios de distribución mucho más complicados, y así, podemos distinguir entre créditos amparados por un derecho real de garantía (hipoteca, prenda o anticresis), créditos privilegiados y créditos ordinarios”<sup>143</sup>.

No cabe menor concisión para tan preciso planteamiento. Sólo habría que añadir ahora, acaso, que los créditos ordinarios (o comunes, según terminología más extendida) habrían de ser desdoblados en atención a la certeza de la fecha. En el caso de que esta hubiese de considerarse cierta (esto es, los créditos ex 1924-32) entraría en juego el principio *prior tempore potior iure* y, por ende, cabe o, mejor, se impone la preferencia (aunque sea la de peor grado, la aquí llamada *preferencia documental*). Por el contrario, no constando la certeza de la fecha (y ya, por exclusión, habríamos llegado al artículo 1925), la aplicación de la regla *concurso partes*

---

143 A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, cit., pg. 334.

*fiunt* comportaría de forma ineludible la inexistencia de preferencia alguna (así lo dice el art. 1925) y que no pudiendo tomarse en consideración sus fechas (regla 3ª del art 1929) han de ser satisfechos a prorrata (regla 2ª del art 1929, en cuanto la fecha de todos ellos habría de entenderse común).

Recapitulando, habría de insistirse entonces en la circunstancia de que la desmedida ampliación del concepto (o del término, cuestión que no siempre es fácil de dilucidar en algunas exposiciones) de privilegio no ha venido dada por la regulación *De la concurrencia y prelación de créditos* introducida por el Anteproyecto de 1888 y recogida definitivamente en el Código civil. Nuestro vetusto Código ha establecido una serie de reglas coherentes y ajustadas en la materia y de existir algún desajuste tendrá más carácter marginal que otra cosa.

La coherencia se buscó reduciendo la materia, como acabo de decir, a la idea central de preferencia por considerarla, al fin y a la postre, como exponente de una sencilla pregunta que es la llave de todos los desarrollos ulteriores del tema: ¿quien cobra antes?. Y parece obvio que responder a dicha pregunta mediante el establecimiento de una rigurosa jerarquización, por muy completa y perfecta (es decir, ajustada a instancias o requerimientos atendibles) que fuera, de los créditos privilegiados no podía resultar suficiente ni satisfactoria. Porque en la aplicación práctica del Derecho se plantearía en seguida la cuestión de saber qué habría de ocurrir con las preferencias reales o, en términos más clásicos, el *ius praelationis*<sup>144</sup> que pacíficamente se reconoce a las garantías reales. Y puestas así las cosas, la previsión del legislador no sólo es comprensible sino merecedora de toda suerte de plácemes. El Código se adelanta a la segunda cuestión estableciendo un sistema de prelación en el que armoniza, y con acierto, las pretensiones de preferencia de acreedores privilegiados y titulares de derechos reales.

---

144 No deseando extenderme más sobre este punto he de remitir a las obras de A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, cit., pgs. 307 ss. y 333 y ss. y ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, ed. cit., tomo IV-1º, pgs. 131. En ellas pueden verse interesantes observaciones respecto del tema estudiado, sobre todo al plantear y rebatir la doctrina procesalista negadora del carácter de derecho real de la hipoteca; ya que, pudiendo todo acreedor hacer vender el bien hipotecado, la hipoteca habría de ser estudiada como mera acción, como una modalidad de la acción ejecutiva especialmente privilegiada.

La tesis defendida fundamentalmente por CARNELUTTI, "Natura giuridica dell'ipoteca", en *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, 1, pgs. 3 ss. ha encontrado también seguidores en España (FENECH, CARRERAS, etc). Sin embargo, aparte de la característica brillantez de la aportación carnellutiana, parece francamente criticable la reducción de la hipoteca a un procedimiento privilegiado de ejecución.

No es, pues, imputable al Código civil la ampliación (más o menos nominal, lo que es otra cuestión) doctrinalmente realizada del término privilegio. De añadidura, como ya se observó, el Código civil casi no llega a utilizar el término; procura hablar siempre de preferencia. Empero, por un fenómeno de arrastre histórico la mayor parte de la doctrina se ha empeñado en describir el sistema legal hablando, acrítica e indiscriminadamente, de privilegios; reduciendo la regulación legal a esquemas simplificados, cuando no a cuadros sinópticos<sup>145</sup> de perturbadoras consecuencias<sup>146</sup>.

Del estudio realizado creo que cabe extraer la conclusión de que, en vez de hablar de privilegios generales o especiales, singular o especialmente privilegiados, mobiliarios o inmobiliarios, etc., sería preferible recuperar la propia terminología del Código. Se debería hablar, así, de preferencia o prelación en general, para después poner de manifiesto cuál es el fundamento u origen de las diferentes clases de preferencia que el Código civil reconoce y regula: preferencia real, preferencia privilegiaria, preferencia documental; explicando por consiguiente -y no simplemente describiendo- el sistema legal.

A continuación, reconociendo a las dos primeras un primer grado preferente, inicialmente ex aequo por así decirlo, y partiendo de los bienes sobre que recaen (éste es el dato en el que se basa el Código civil para la “clasificación”, el objetivo) habría de establecerse con mayor casuismo cuando obtiene la primacía una u otra, de la mano de las reglas antedichas. Explicando finalmente el sentido y alcance de la preferencia documental se ofrecería una versión ajustada al sistema del Código civil. Veremos este último punto en el siguiente párrafo.

Antes quisiera subrayar en el presente que la reconversión terminológica propuesta como consecuencia del estudio realizado no es una pura cuestión lingüística o un prurito innovador por mi parte.

---

<sup>145</sup> En concreto, vid. por todos el del profesor CASTANTOBEÑAS, *Derecho civil español*, tomo III, cit., pg. 285.

<sup>146</sup> Como la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1977, anteriormente transcrita. Si se analiza con detenimiento su segundo considerando y después se reconsidera el cuadro sinóptico de CASTAN (y la correspondiente exposición), creo que habrá de estimarse perfectamente fundada la afirmación realizada en texto.

Está en juego el hecho de que sólo reconduciendo el término *privilegio* a su ámbito propio y técnico puede lograrse la armonía entre el Código civil y las disposiciones del Código de comercio y de la Ley de suspensión de pagos que han sido objeto de consideración a lo largo de este estudio. En ellas, formalmente se sigue manteniendo un esquema de prelación en los casos de concurrencia de créditos que el Código civil respeta desde un punto de vista material y que no debe verse desvirtuado por el espejismo de entender que, a fin de cuentas, a toda preferencia corresponde de una manera u otra una *situación privilegiada*. Utilizar indiscriminadamente ambos términos puede acarrear consecuencias patrimoniales de gran importancia y la doctrina debe estar siempre muy atenta a los inadecuados corolarios que pueden encontrar su asiento en una inocente construcción teórica.

En demostración de lo dicho baste recordar una vez más la asombrosa doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1977.

#### **10. Alcance de la preferencia de los créditos *ex* artículo 1924-3º del Código civil**

Visto lo anterior, parece perfectamente defendible y demostrado el aserto de que los créditos del artículo 1924-3º del Código civil no deben considerarse créditos privilegiados, aunque sí preferentes. Preferentes entre sí por fechas y preferentes, en cuanto grupo, respecto de los créditos comunes contemplados por el artículo 1925 del mismo cuerpo legal, aunque no es esta la conclusión a que llega en la doctrina actual uno de los pocos autores que se ha detenido en el estudio del tema.

En efecto, para el profesor DIEZ-PICAZO, cuya sugerente tesis ha sido impulso determinante de buena parte de las páginas presentes, “los llamados créditos quirografarios son créditos sin privilegio y que por consiguiente no tienen razón alguna para anteponerse a los demás. La única preferencia que determina la especial constancia documental del crédito es puramente la que se produce entre ellos cuando solamente concurren créditos de tal tipo y condición”<sup>147</sup>.

---

147 DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, cit, pg. 765.

Deduca DIEZ-PICAZO dicha conclusión no evidentemente del hecho de que tales créditos no sean privilegiados -como pudiera insinuar el párrafo transcrito-, sino de que “la única preferencia que el Código civil les otorga es la que se produce entre sí” como dice el final del artículo<sup>148</sup>. Mas, sin perjuicio de la personal estima y reconocimiento que profeso hacia los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* del autor citado, no creo que semejante conclusión pueda dejar de discutirse. En primer lugar, creo que una deducción tan vigorosa y con tales consecuencias prácticas (en suma, un concurso en exclusiva para los acreedores quirografarios ex art 1924-3º, y que en otro caso la regla establecida en el último párrafo de dicha norma no habría de entrar en juego) no puede encontrar cimientos suficientes en el dato gramatical o literal esgrimido por DIEZ-PICAZO, que acaso pudiera llevar también a la conclusión contraria.

Pero, dada la prevención que siente el firmante hacia la pura interpretación gramatical, se impone acudir a otra línea de argumentación. Así, desde el punto de vista sistemático, la comparación entre el *escalonamiento* que se viene estableciendo en los arts. 1922, 1923 y 1924 y lo dispuesto en el 1925 inclina a afirmar que los créditos quirografarios gozan de preferencia frente al resto de los créditos, no mencionados anteriormente; esto es, los créditos comunes. Aquellos se sitúan en un escalón anterior por propia disposición legal, resultando por ende *preferentes frente a los comunes*; lo que no obsta a que pueda resultar criticable la configuración de un grupo de créditos preferentes en base al dato formal de su constancia documental en escritura pública o sentencia firme (si bien cabe también alegar en contra de esto último el hecho de que la data o fecha sea cierta, como indican ciertos comentaristas<sup>149</sup> con especial insistencia). La tesis avanzada cuenta con el parecer favorable de MANRESA, quien nítidamente consideraba “que estos créditos han de ser postergados a todos los que tengan a su favor

---

148 Loc. cit.

149 Es más, la importancia de la certeza de la fecha supuso, de la mano de GARCIA GOYENA, que en el grado quinto del art 1928 del Proyecto isabelino se contemplasen “los créditos que constan de escritura pública y aquellos cuya data sea cierta, según lo dispuesto en el artículo 1209” (esto es, incluso los documentos privados en los supuestos hoy recogidos en el art 1227 del Código civil, plenamente coincidente con el artículo del Proyecto citado). Ambas circunstancias las justificaba GARCIA GOYENA diciendo que la mejor codición de los créditos escriturados “excepción es justísima, porque en la escritura pública no caben los fraudes que en los vales privados...” y “porque en tal caso cesa todo temor de fraude y la fecha del instrumento privado hace fe contra un tercero”.

privilegio o hipoteca, que quedan reseñados, y sólo gozan de preferencia respecto de los comunes”<sup>150</sup>.

En segundo lugar, como ha observado con gran agudeza R. DE ANGEL, la valiosa o incisiva aportación de L. DIEZ-PICAZO encuentra en este punto “el obstáculo del artículo 1929, que al establecer el orden de satisfacción de los créditos que no sean singularmente privilegiados, señala el siguiente:

1º Por el orden establecido en el artículo 1924.

---

150 Así en los Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil, tomo V, Madrid, 1910, pg. 189. Observese que en dicho lugar MANRESA dice que “estos créditos son los llamados escriturarios”. En algún otro lugar de su ingente producción doctrinal, habla MANRESA de los créditos escriturarios diciendo que “son conocidos con el nombre de quirografarios” (*Comentarios al Código civil español*, tomo XII, 4ª ed., Madrid, 1931, pg. 642). Tomando pie de dicha observación, creo que no estaría de más centrar en esta nota terminológicamente la cuestión, no evidentemente por deseo de corregir a MANRESA, sino, al contrario, para poner de manifiesto que en el propio texto de este estudio se ha venido identificando a los acreedores contemplados en las letras A y B recurriendo a ambos términos, cuando no mediante la expresión art 1924-32 o perífrasis más largas. Sin duda, dicho procedimiento ha podido generar confusión.

No obstante, las plurales expresiones utilizadas no han sido fruto del descuido ni de la intención del oscurecer la materia, de por sí suficientemente complicada. De forma deliberada se ha hecho uso de términos diferentes, precisamente para no desvirtuar las expresiones literales de algún cuerpo legal (el Código de comercio habla, por ejemplo, de escriturario) o de los autores que se citan o cuya doctrina se recoge -aunque en algunos casos no se haya hecho a la letra. Lo cierto es que, aparte de la innovación legal introducida, al recoger a los acreedores por sentencia firme, la cuestión en este caso es puramente terminológica, al menos para el planteamiento aquí realizado.

Con independencia de un rastreo histórico a fondo y sin necesidad de plantearnos la justificación de los términos en su significación doctrinal, los civilistas actuales identifican a los dos grupos de acreedores del art 1924 como quirografarios (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, loc. cit.; DE ANGEL, *En torno al privilegio del crédito quirografario*, cit, passim), si bien resalten -con GARCIA GOYENA, -1928, grado 5º- la propia inadecuación del término ya en Derecho romano: “En latín -decía GARCIA GOYENA- la palabra *chirografus*, conforme con su etimología griega, significa vale, escritura ó papel de obligación, escrito de propia mano; mas a pesar de esta significación propia y rigurosa, llamóse en Derecho romano acreedor chirografario a todo el que no era hipotecario, aunque fuese privilegiado; de modo, que había chirografarios con privilegio o sin él, y más o menos privilegiados. Esto equivalía a dividir los acreedores en hipotecarios ó reales, y personales o chirografarios: los segundos podían ser mere personales o privilegiados: división que fue adoptada por nuestros prácticos, llamando mere personales o chirografarios a todos los que sin hipoteca ni privilegio hacían constar sus créditos por escritura pública, vale privado, confesión del deudor o por testigos. En este mismo sentido y concepto figuran los acreedores de nuestro grado 52: en el se comprenden todos los que no son privilegiados ó hipotecarios; porque los Códigos modernos, con mas propiedad y claridad, los han dividido siguiendo el orden de preferencia, en privilegiados, hipotecarios y personales ó chirografarios”.

Como puede observarse, el término ha ido cambiando históricamente de sentido, para llegar a servir de expresión formal distintiva entre acreedores propiamente comunes (que se pagan a prorrata, según el art 1925 del Código civil; como ocurriera con los chirografari mere personales en Derecho romano) y los comunes quirografarios que, por su constancia documental y la certeza de la fecha, gozan de preferencia frente a aquellos y entre sí por fechas, como indica el último párrafo del artículo 1924 del Código civil.

2° Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común a prorratea.

3° Los comunes a que se refiere el artículo 1925, sin consideración a sus fechas”.

Resalta a continuación R. DE ANGEL la reiteración en que se incurre, ya que “los preferentes por fechas” están incluidos también en el artículo 1924 y deduce de ello lo siguiente: “Parece que el legislador quisiera mostrar su convicción de que entre ambos (grupos de créditos, los verdaderos privilegiados y los del párrafo tercero) hay algún signo diferencial. Esta diferenciación apoya, en este sentido, las palabras *sin privilegio especial*. No obstante, a pesar del *entre sí* del último párrafo del mismo artículo 1924, es preciso señalar que el artículo 1929, al establecer el orden de cobro, coloca claramente a los *créditos comunes* (los que ordinariamente se llaman *no privilegiados*) en un lugar posterior a los preferentes *por fechas*, esto es, a los quirografarios. En otras palabras -concluye-, aunque pueda ponerse en tela de juicio el que los créditos quirografarios sean realmente privilegiados parece que no hay duda que están dotados de una preferencia para el cobro en virtud del artículo 1929 del Código civil”<sup>151</sup>.

En tercer lugar, las consideraciones de carácter sistemático anteriores se ven avaladas por los antecedentes históricos. Disponía el artículo 1928 en el grado quinto que “con el precio de los bienes no comprendidos en los artículos anteriores, (se pagarán) los créditos que gozan de escritura pública, y aquellos cuya data sea cierta, según lo dispuesto en el artículo 1209”, en su párrafo primero. En el tercero (el segundo no hace al caso), se disponía que “también (se comprenden en este grado) los créditos que no gocen de privilegio señalado en el número 12 del artículo 1924 y por indemnizaciones debidas a particulares por algún delito, falta o negligencia”.

---

151 En torno al privilegio del crédito quirografario, cit., pg. 1154. De otra parte y en la línea de cuanto se decía antes en texto, indica R. DE ANGEL que “aunque el trato de favor que el Código civil concede a los *créditos quirografarios* no sea muy justificado, lo cierto es que también lo otorga el de comercio cuando en el artículo 913 antepone los *acreedores escriturarios* a los acreedores comunes por operaciones mercantiles y a los acreedores comunes por Derecho civil” (Las expresiones subrayadas están entrecorridas en el original).

Al explicar el primero de los párrafos transcritos, “GARCIA GOYENA es sumamente expresivo: “por Derecho romano, los simples chirografarios concurrían a prorrata *aequali portione, prorata debiti quantitate, omnibus creditoribus consuli potest...* La ley recopilada 5, título 24, libro 10, prefiere en primer lugar a los que prueben sus créditos por escritura pública, y en segundo a los que los prueben por documento privado, pero escrito en papel sellado, que corresponde según su calidad y cantidad”. A continuación, .. valorando ambas excepciones califica a la primera de *justísima*; por el contrario la que estriba en primar el documento privado escrito en papel sellado no pasa de especiosa, y puede haber influido en ella alguna mira *fiscal*: nada es más común que conservarse en poder de particulares papel sellado de años anteriores”. Finalmente explica la procedencia del grado quinto (Vaud) e insiste en la importancia de que la *data sea cierta* porque en tal caso cesa el temor de todo fraude. Insistencia que reitera también en relación con el párrafo tercero.

El Anteproyecto recoge tal planteamiento, que aparece ya entonces formulado como hoy obra en el art 1924, si bien en aquel no ha aparecido todavía el último párrafo (.. *tendrán preferencia entre sí...*). El propio Anteproyecto hace indicación del origen inmediato de la norma, recogién dose tras la letra de la misma, en paréntesis, los diversos párrafos del grado quinto del artículo 1928 del Proyecto isabelino<sup>152</sup>.

Verosímilmente, por tanto, el Código civil no puede ser interpretado en el sentido de que tales créditos sólo tienen preferencia cuando concurren créditos de tal tipo y condición, porque en el Proyecto (sin existir el último párrafo del actual 1924) ya eran de mejor condición que los créditos contemplados en el grado sexto del artículo 1928 (“los demás créditos que no se hallen comprendidos en ninguno de los grados anteriores ni en el siguiente”). Quizá fuera mejor entender, entonces, que cuando el Código civil añade que “estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias” lo que está haciendo es insistir en la idea de que estos créditos comunes se contraponen de alguna manera al resto de los comunes por el hecho de contar con fecha cierta. Y de este dato se deriva que mientras que en los comunes pro-

---

152 Cfr. Ed. de M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, cit., pg. 742.



piamente dichos se atiende al principio *concurso partes fiunt*, respecto de los comunes *quirografarios y escriturarios* se aplica la regla *prior tempore potior iure* entre ellos; al mismo tiempo que, como grupo, se les otorga una *preferencia documental*. Este parece ser el criterio del Código civil en este punto, con independencia de que la *ratio* de dicha toma de posición sea más o menos verosímil.

Mas la cuestión analizada no es la única que plantea el artículo 1924-3° CC. Acaso el giro o inciso *entre sí* del precepto pueda hacerse entrar en juego en relación con la consideración como grupo de los dos tipos de créditos contemplados en la norma. Esto es, que, aunque en cuanto grupo tienen preferencia sobre los créditos comunes del 1925, *entre ellos* el orden de relación (letras A y B) no implica un orden, o preferencia interna, en virtud del cual hubieran de anteponerse los créditos documentados en escritura pública. La preferencia *entre ambos tipos de crédito* no vendría dada por la consideración de los dos subgrupos, sino en atención exclusiva al “orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias”, es decir al principio *prior tempore potior iure*. Únicamente dicho criterio es el que permite establecer la preferencia entre ellos, pues los créditos que consten en escritura pública o en sentencia firme se sitúan *en igual grado*, como dijera el Proyecto isabelino. Conclusión por otra parte absolutamente congruente con los precedentes inmediatos y *ratio* de dicha norma: constancia documental demostrativa de la certeza de la fecha.

Para ello requiere el Código que los créditos del segundo subgrupo (en la exposición, no en cuanto a preferencia) consten “por sentencia firme, *si hubiesen sido objeto de litigio*”. En una primera aproximación, el inciso subrayado aparece como una frase vacua e inane, como una especie de coletilla intrascendente y así parece confirmarlo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, al entender que las sentencias de remate subsiguientes a los juicios ejecutivos están comprendidas en el art 1924-3°, B, otorgando a los pertinentes créditos la condición de preferentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1958, 13 de junio de 1958, 27 de abril de 1967, 3 de noviembre de 1971); a salvo incluso de la de 10 de noviembre de 1977 que llega a la conclusión de que son privilegiados. La cuestión, sin embargo, quizás pudiera ser resuelta en otro sentido.

A uno de nuestros más agudos comentaristas, MANRESA, el párrafo no le parecía desde luego una apostilla inocua, sino que deducía de él que “el litigio a que se refiere la disposición citada del Código no puede ser otro que el ordinario declarativo, en el que se ventila y decide la legitimidad o cuantía del crédito y la obligación de pagarlo, y a la fecha de la sentencia que en él recaiga condenando al pago deberá estarse para darle la preferencia que le corresponda entre los de igual clase y los escriturarios”<sup>153</sup>.

De otra parte, para completar esta mínima labor exegética del párrafo tercero del artículo 1924, es necesario hacer una breve referencia a la posible incidencia de los créditos que constando en documento privado han de considerarse, sin embargo, con fecha cierta. No es necesario explicar con detalle por qué: basta con recordar que el grupo de acreedores comunes escriturarios o quirografarios se ha individualizado en los precedentes inmediatos del Código civil en consideración a su data cierta. Hasta el punto de que, según he indicado ya en una nota anterior, el Proyecto de 1851 se remitía al precepto correspondiente al actual artículo 1227 del Código civil. En el Anteproyecto y en el Código civil dicha remisión expresa no se recoge y probablemente la omisión se hiciese de forma deliberada. Sin embargo, ni siquiera considerando cierto este último dato, puede concluirse categóricamente afirmando que los créditos formalizados en documento cuya fecha haya de considerarse cierta quedan incluidos sin más en el artículo 1925.

La cuestión, una vez más, fue contemplada con cierto detenimiento por MANRESA. Partiendo del tenor literal del artículo 1255, observaba el

---

153 En *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, V, cit., pg. 519., fundamentaba MANRESA su conclusión en el siguiente razonamiento que creo es susceptible de ser compartido: “... aunque también hay litigio en el juicio ejecutivo, como en todos los que pertenecen a la jurisdicción contenciosa, no puede referirse dicha disposición a la sentencia de remate, única que, fuera de aquellos juicios, podría ser aplicable al caso, porque en ella no se decide una cuestión litigiosa, sino que, partiendo de la legitimidad del crédito reclamado, manda seguir la ejecución adelante, o la deniega en otro caso, quedando siempre a salvo su derecho a las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión. Además –insistía–, no puede despacharse la ejecución ni dictarse sentencia de remate sino en virtud de un título que la lleve aparejada, y si ese título es una escritura pública o el reconocimiento confesión judicial de la deuda (sic), a la fecha de la escritura o del reconocimiento, y no a la sentencia de remate deberá estarse para la calificación y graduación de ese crédito, en el caso de haberse acumulado el juicio ejecutivo al de concurso, lo mismo que si se presentaran aquellos documentos sin haberse despachado la ejecución”.

insigne jurista que “por consiguiente, el crédito que consta en documento privado, si éste ha sido reconocido legalmente, bien bajo juramento ante juez competente, o ya elevándolo a escritura pública, con otorgamiento del deudor y del acreedor, deberá ser incluido en el estado número 3º entre los escriturarios, graduándolo para su pago en el lugar que le corresponda por la antigüedad de la fecha, no del documento privado, sino de su reconocimiento, que es cuando adquiere el valor de escritura pública. Lo mismo habrá de entenderse respecto de los reconocidos por medio de la confesión judicial, aunque no existiera documento, puesto que el Código, de acuerdo con la jurisprudencia antigua, atribuye a dicha confesión, hecha ante un juez competente, el valor y eficacia de prueba plena contra su autor, según los artículos 1232 y 1235, que es el valor que tiene la escritura pública”<sup>154</sup>.

El fundamento último de la argumentación de MANRESA estriba pues en la fehaciencia del modo de probar la existencia del crédito y, de otra parte, en el hecho de poder asentarse en una fecha cierta. No obstante, aparte de la redundancia de considerar que los créditos elevados a escritura pública han de ser considerados escriturarios (en tal caso no es preciso asimilarlos a los que constan en escritura pública, es que son tal), cabe replicar al eximio comentarista que el punto de partida de su razonamiento no le debería haber consentido llegar a la conclusión transcrita. El artículo 1225 del Código civil preceptúa, literalmente, que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”. De acuerdo con ello, incluso legalmente reconocido, la asimilación del documento privado a la escritura pública sólo puede predicarse respecto de las relaciones *inter partes*. Y parece claro que la atribución de la preferencia documental no se limita a dicho ámbito, sino que, como toda cuestión de preferencia en caso de concurrencia de créditos, interesa directamente a los terceros, al resto de los acreedores (comunes, al menos, que pueden verse afectados por la resolución de la cuestión).

Por otra vía, en cambio, pudiera intentarse llegar a la solución apuntada por MANRESA: en concreto atendiendo a que -a tenor del art 1227 del Código civil- la fecha de un documento privado se contará res-

---

154      *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, V, cit., pg. 518.

pecto de terceros desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio. Defendiendo, en consecuencia, que en los casos reseñados se da la *certeza de la fecha* cabría recurrir a ‘recordar cuál fue la *ratio* del otorgamiento de la preferencia documental (hoy ex 1924-3°); a insistir en que en el Proyecto de 1851 también los documentos privados conocían en caso de concurrencia de créditos la regla *prior tempore potior iure*; a que, de hecho, una vez rota la *par conditio* entre los créditos no privilegiados y no hipotecarios, mediante la introducción de la *preferencia documental* la cuestión no exige ya ser interpretada restrictivamente, etc.

Ahora bien todos los argumentos esgrimidos en el párrafo precedente pueden utilizarse en sentido contrario. Los redactores del Anteproyecto, aun inspirándose directamente en el Proyecto isabelino, optaron por suprimir lo que hubiera debido plasmarse en una remisión al art 1227, de haber sido su intención que entre los créditos comunes del art 1925 no jugase la regla *concursum partes fiunt*. De otra parte está el hecho que el tenor literal del artículo 1925 (que, por cierto, se introdujo *ex novo* en el Anteproyecto) corrobora la hipótesis avanzada, al decir de forma evidentemente drástica que los créditos, *de cualquiera otra clase o por cualquiera otro título*, no contemplados en los art 1922 y 1924, no gozarán de preferencia.

Finalmente, habría de considerarse también que el art 1227 no establece asimilación alguna del documento privado de fecha cierta con la escritura pública; se limita a decir lo primero<sup>155</sup>.

---

155 Sobre este punto, vid., F. MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Madrid, 2008, pág. 200: “LA EQUÍVOCA INTEGRACIÓN DEL PAGO SUBROGATORIO EN SEDE DE NOVACIÓN: Los últimos artículos dedicados a la novación, se refieren al cambio de acreedor operado por pago. Si se incluyen, aunque no sea en sentido estricto objeto de este estudio, es por su valor como nueva prueba de la confusión que imperaba en materia de novatio. En este caso, el texto aprobado siguió casi literalmente este Anteproyecto y se despegó, deliberadamente, de la más acertada ubicación elegida en 1851. que a su vez coincidía con el sistema francés. En este sentido, naturalmente con anterioridad, vid., ESPÍN CÁNOVAS, quien ponía de manifiesto cómo en esta materia se rompe con los precedentes inspirándose en el Derecho francés, pese a emplazar la subrogación en la novación y no en el pago, proponiendo lege ferenda la rectificación del “error cometido en el Código al denominar novación a la subrogación, sin tratar, en cambio de la verdadera novación extintiva por cambio de acreedor, regulando dicha forma novatoria en el lugar en que actualmente se trata de la subrogación (arts. 1.209 a 1.213). Concluimos, pues, afirmando que la institución que tradicionalmente se viene denominando subrogación personal y más corrientemente pago con subrogación, no es más que una cesión que presenta algunas modalidades, igual que ocurre con la cesión de créditos litigiosos”

## 11. Preferencias y privilegios tras la Ley concursal de 2003: especial consideración de los créditos escriturarios y de los reconocidos en sentencia<sup>156</sup>

El hilo argumental que sostenemos en este trabajo –el que deriva de la preferencia como categoría y de la inexistencia de un concepto legal

---

(“Sobre el pago con subrogación”, RDP, 303, 1942, pág. 327). Es evidente que si hay pago concurre una institución distinta de la novatio, de modo que es más preciso incluir este caso como sección propia y diferenciada de aquélla (Vid., supra el Proyecto de 1851, lo tratado sobre los artículos 1.116 a 1.121 relativos a la subrogación). Así si el artículo 1.226 decía que “la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.- En los demás, será preciso establecerlo con claridad para que produzca efecto”; la única salvedad ha afectado a este último párrafo ya que si bien el contenido es idéntico dice “en los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto”, aclarando que afecta a la subrogación. Por lo que se refiere a las presunciones o casos de subrogación legal, existe un elenco recogidas en el artículo 1.227 del Anteproyecto, presentando la redacción del texto del Código civil, en su correspondiente artículo 1.210, idénticos términos (Art. 1.227. Se presumirá que hay subrogación: 1º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente. 2º Cuando un tercero, no interesado en la obligación pague con aprobación expresa o tácita del deudor. 3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”). También el actual artículo 1.211 conserva la redacción de su precedente constituido por el artículo 1.228 (“El deudor podrá hacer la subrogación, sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda, haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”). Por su parte, el 1.212 sigue la redacción del Anteproyecto, con la única salvedad al término anexos que sustituyó a anejos (Art. 1.229. La subrogación trasfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anejos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”). Con el artículo 1.213 del Código civil se pone final, en los términos que el Anteproyecto, a la sección sexta dedicada a la novación (“Art. 1.230. El acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito”).

156 Reflejamos en esta nota una sucinta selección bibliográfica sobre esta materia: ALVAREZ CA-  
PEROCHIPI, *El registro de la propiedad y las presencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Comares, 2004; BLANQUER UBEROS, *Las garantías reales en el concurso*, Thomson-Civitas, 2006; BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Aranzadi, 2004; Díez SOTO, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Colección de Derecho Concursal. Ed. Reus y Díaz-Bastien & Truan, 2006; GARRIDO GARCÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000; GUILARTE GUTIÉRREZ, “Comentario del artículo 91.5º de la Ley Concursal”, *Comentario a la legislación concursal*, Dir: SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004; GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentario de los artículos 47 y 84.2.4º de la Ley Concursal”, *Comentarios a la legislación concursal*, Dir: SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004; GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario del artículo 1924 del Código civil”, *Comentario del Código Civil*. T. II, Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1991; LÓPEZ PELÁEZ, *Los créditos preferentes en el Derecho español*, Trivium, Madrid, 2001; PEÑA LÓPEZ, “Concurrencia y prelación de créditos concursales”, en *Estudios de Derecho Concursal*, Dir: PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y ALVAREZ LATA, Tórculo editores, 2006; ROGEL VIDE, “Concurrencia y prelación de créditos en el Código civil y en la legislación concursal. Verdades y medias verdades en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-marzo 2004; ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, (2 volúmenes), Civitas, 2004; VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 91 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por CORDÓN MORENO, Ed. Aranzadi, 2004; VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006.

de privilegio— no parece contradictorio, sino más bien reforzado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)<sup>157</sup>.

Naturalmente, esta línea argumentativa, en cambio, resulta debilitada por los términos literales utilizados en las disposiciones propias de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que clasifica a los créditos a efectos de concurso en créditos con privilegio general, créditos con privilegio especial, créditos ordinarios y créditos subordinados.

Con absoluto fundamento e innegable razón, la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, abandona la duplicidad procedimental quiebra/concurso de acreedores, sometiendo exclusivamente a concurso todas las situaciones de insolvencia en las que el deudor no pueda cumplir regularmente, de forma actual o inminente, sus obligaciones exigibles, sea o no comerciante. Además, reduce notablemente las preferencias reconocidas a efectos concursales, por considerar que el principio de igualdad de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Ahora bien, aunque esta Ley ha contribuido a clarificar el sistema, sigue provocando una situación extraordinariamente compleja, dado el mantenimiento de la regulación tradicional de las preferencias para las ejecuciones singulares. En efecto, la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003 deroga los artículos 1912 a 1920 y los párrafos A) y G) del apartado 2º del artículo 1924 del Código Civil, pero mantiene prácticamente incólume la regulación de la concurrencia y prelación de créditos comprendida en los artículos 1921 a 1929 del Código.<sup>158</sup>

---

157 En C. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*. Tomo 2. *Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, edición correspondiente a 2006, págs. 184 y siguientes, puse de relieve que también conforme a dicha Ley el privilegio no puede elevarse a categoría central del sistema normativo, pues, si bien es cierto que en alguna ocasión utiliza el término privilegio (ocurre así en el artículo 620.1, en el que afirma que «la sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deban ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga...»), en ningún otro artículo vuelve a usar la LEC dicho término, mientras que, por el contrario, hay varios indicios normativos de los que puede deducirse con gran corrección hermenéutica que la categoría general continúa estando representada en nuestro sistema normativo por las nociones de «preferencia» y «prelación»: el artículo 614.1 deja claro que puede interponer tercería de mejor derecho quien tenga un derecho preferente respecto del ejecutante, se funde o no el derecho preferente en privilegio, y tanto el artículo 690.2, en materia de ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos, como el artículo 657.1, en materia de subasta de bienes inmuebles, se refieren siempre a los créditos preferentes.

158 En el ámbito mercantil, la misma Disposición Derogatoria Única dejó sin vigencia el art. 913.4º

Atendiendo, pues, a la legislación actualmente vigente, hemos de distinguir dos regímenes diferentes:

a) en caso de concurso de acreedores, a efectos de preferencia habrá que atender a lo dispuesto en la Ley Concursal (arts. 89 y ss), en donde ya no se recoge la preferencia quirografaria;

b) en el supuesto de ejecuciones singulares, caso de no declaración de concurso, continúa aplicándose el Código Civil (arts.1921 a 1929, salvo los párrafos A) y G) del apartado 2º del art. 1924).

La opción legislativa contemporánea de rechazar la unidad en el sistema de preferencias crediticias puede desencadenar efectos negativos para la coherencia del ordenamiento jurídico al condicionar la conducta del acreedor preferente, a quien en unas ocasiones interesará que el deudor se encuentre en concurso y en otras preferirá acudir a la ejecución individual, en función del lugar de la graduación en que se encuentre su crédito en uno y otro caso; y aun puede originar una situación más delicada si tenemos en cuenta que créditos, como los contemplados en el art. 1924.3º CC, no tienen reservado ningún espacio preferencial en el actual marco regulador del concurso de acreedores.

Si bien es cierto que la disposición final 33ª de la Ley Concursal de 2003 ordenaba al Gobierno que remitiese (en seis meses) a las Cortes Generales un proyecto regulador de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares, tal mandato fue llevado a cabo con notable retraso y sin éxito<sup>159</sup>.

Con todo, parece oportuno dedicar algunas líneas a ese malogrado Proyecto de Ley por la especial contemplación que el mismo hacía de

---

del Código de Comercio que establecía la preferencia general de los acreedores escriturarios o en póliza intervenida por Corredor (hoy Notario, tras la Ley de 29 de diciembre de 2000) sobre los acreedores comunes, por operaciones mercantiles o por derecho civil. No sólo lo ha derogado sino que además en materia de concurso ya no se contempla la preferencia de créditos en escritura pública. También se derogó, por la misma Disposición de la LC, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

159 Para un estudio crítico de este Proyecto de Ley, vid. la monografía titulada *La reforma de la prelación de créditos*, LASARTE ALVAREZ (Coord), LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, en Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.

los créditos regulados en el art. 1924.3º del Código civil. Los autores del Proyecto de Ley 121/000098, de 5 de septiembre de 2006, decidieron, con probable acierto, sustituir el término “privilegio” por “preferencia”, aunque dejaban algún rastro del mismo, probablemente por olvido. El apartado séptimo del artículo 1924 resultaba redactado en los siguientes términos:

“Gozan de preferencia general:

7º Los créditos que, sin privilegio especial, consten en instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firmes”.

Hubiera resultado oportuno o parecía conveniente corregir, en aras de la homogeneidad, lo que bien pudiera ser un mero *lapsus* lingüístico o una mera pervivencia del texto normativo anteriormente vigente que, como ya hemos dicho, era absolutamente marginal en el conjunto del sistema.

Los créditos enunciados, en séptimo y último lugar, por el artículo 1924, no tienen otorgada, en el ámbito de ejecución concursal, ninguna preferencia general, salvo que de ellos sea titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que, a su vez, no tuvieran el carácter de subordinados. En el resto de los casos, los créditos que, sin preferencia especial, consten en instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firmes, serán considerados, en el ámbito concursal, créditos ordinarios.

El Proyecto equiparaba el laudo arbitral firme a la sentencia judicial, también firme, como objeto de preferencia. Y, además, sustituía el término “escritura” por “instrumento”, ampliando, así, el ámbito de la preferencia a otros instrumentos que, como las pólizas intervenidas por Notario, son muy frecuentes en el tráfico mercantil<sup>160</sup>.

---

160 La sustitución del término “escritura” por “instrumento” había sido propuesta por el Consejo Económico y Social, con la finalidad de situar el precepto “en una posición de mayor neutralidad en cuanto al instrumento jurídico por el que puedan optar las partes para la formalización de los negocios jurídicos”. Vid. el Dictamen emitido por el CES (<http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic092006>), pág. 9 (fecha de consulta: 25 de octubre de 2012).



El vigente crédito escriturario o reconocido en sentencia ha planteado, fundamentalmente, dos tipos de cuestiones. De un lado, se ha discutido sobre la inclusión implícita de determinados documentos en el ámbito de este privilegio. Así, se han equiparado a la escritura pública, por parte de la jurisprudencia, los documentos intervenidos por corredor de comercio colegiado o agente de cambio<sup>161</sup>, las letras de cambio intervenidas por los mismos fedatarios<sup>162</sup>, los documentos privados reconocidos judicialmente<sup>163</sup>, o las certificaciones administrativas del descubierto por deudas a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social<sup>164</sup>.

La otra cuestión polémica que han suscitado estos créditos es la relativa al orden de antigüedad de las fechas como parámetro de prelación interno para el pago. Parece dominar en la jurisprudencia el criterio según el cual el orden de antigüedad debe resolverse atendiendo a las fechas de creación de los títulos, sin que deban considerarse las fechas de vencimiento de los correspondientes créditos<sup>165</sup>.

Al margen de las cuestiones anteriores, la principal preocupación que ha suscitado este privilegio es la relativa a su justificación. Parece difícilmente justificable y poco razonable en un momento legislativo en el que se tiende a recortar privilegios, mantener uno basado en la voluntad de las partes de configurar el privilegio. El dejar en manos del acreedor la posibilidad de dotar a su crédito de una preferencia general se conjuga mal con la tendencia legislativa hoy predominante, consistente en podar y reducir privilegios. De hecho, la existencia de una causa de preferencia general de origen negocial -como es la reconocida a los créditos que consten en escritura pública-, parece que es una peculiaridad del ordenamiento español que ha ido desapareciendo de los sistemas de nuestro entorno<sup>166</sup>.

---

161 Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1995, siguiendo criterios de otros precedentes.

162 Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1978.

163 Así, la Sentencia de 8 de abril de 1976.

164 Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990.

165 Vid., en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1988 y la de 6 de junio de 1995.

166 Vid., DÍEZ SOTO, op. cit., pág. 200 y GARRIDO GARCÍA, op. cit., pág. 1844.

## 12. El efecto subrogatorio del pago al acreedor preferente y la condición de tercero del acreedor solvens

Como se dijera al iniciar el primer párrafo del presente capítulo, el pago del acreedor a otro acreedor preferente ha de incardinarse, ya a primera vista, en el tema del pago del tercero. El estudio más detenido de la cuestión y las consideraciones de orden histórico que ha habido oportunidad de desplegar con anterioridad ratifican dicha premisa y explican las peculiaridades del propio supuesto de hecho. El pago al acreedor preferente supone una abstracción de los Códigos civiles decimonónicos de supuestos concretos en los que, en épocas históricas anteriores, el *solvens* corría el peligro de verse insatisfecho como consecuencia de la permanencia del acreedor preferente en la posición de acreedor.

Al propio tiempo, resulta evidente que, a pesar de que el pago se realiza *al acreedor preferente*, no se trata de un supuesto de *pago al tercero*; por el mero hecho de que, en lugar del deudor, el acreedor-*solvens* paga “a la persona en cuyo favor está constituida la obligación”, en términos del artículo 1162<sup>167</sup>.

En el supuesto del artículo 1210-1º del Código civil subyacen dos relaciones obligatorias perfectamente distintas, por mucho que, una vez realizado el pago, el acreedor-*solvens* devenga titular de ambos derechos de crédito. Fuera de esta consecuencia, no hay ningún tipo de cruce o interrelación entre ambas relaciones obligatorias; las cuales, de no producirse el pago del acreedor-*solvens*, seguirán o seguirían cada una su propio camino. Por tanto, para explicar el artículo 1210-3º, no cabe ni siquiera recurrir a la tan socorrida relación triangular, que es característica de otras instituciones jurídico-privadas.

Para explicarlo hay que partir de las consideraciones de carácter técnico, más que político-jurídicas, que movieron al legislador a establecer dicha regla, tomando impulso de la ya recordada enseñanza de Charles DUMOULIN. Recapitulando, la fundamental fue que, en tal supuesto, no

---

<sup>167</sup> Para mayores precisiones, cfr. ROCA JUAN, “Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor”, cit, *passim*.

había razón alguna para abstenerse de otorgar la subrogación de forma automática al acreedor que pagase a otro preferente, en cuanto que éste, de buena fe y en equidad, no puede oponerse como regla si se le ofrece un pago regular y, atendiendo de otro lado a que al deudor no se le hace de peor condición por ello, como ya señalara ULPIANO. Aparte de estos dos extremos, es evidente que en cierto sentido se clarifica mediante tal procedimiento la situación patrimonial del deudor y pueden evitarse ejecuciones extemporáneas, intespectivas y perjudiciales para otros acreedores (a los que les bastará asumir el papel de *solvens*). Ahora bien, ni siquiera una vez establecida la subrogación *ex lege* para el caso de que se produzca el supuesto de hecho, el pago, puede decirse que exista la menos interrelación entre las diversas relaciones obligatorias que tienen como sujeto pasivo a una misma persona. El legislador, pues, al establecer la regla ha tomado como punto de referencia la pluralidad de derechos de crédito que pesan sobre el patrimonio de una misma persona; pero este elemento subjetivo en común no tiene virtualidad en cuanto al establecimiento de relación alguna entre los diversos acreedores, salvo la textualmente señalada en el artículo 1210-1º que, en caso de pago por un acreedor a otro acreedor preferente, aquel se subroga de forma inmediata en la posición de éste. En pocas palabras, incluso produciéndose el evento característico del supuesto de hecho, rigurosamente hablando, acreedor-*solvens* y acreedor preferente han de considerarse recíprocamente como terceros.

Ahora bien, incluso dando por admitido lo anterior, hay en el supuesto de hecho del artículo 1210-1º ciertos factores específicos que conviene explicitar, para dar por cerrado el presente apartado. De lo anterior se deduce con evidencia que han de existir diversas relaciones de crédito que tengan como deudor a la misma persona y que entre los acreedores pueda establecerse una “relación de preferencia”. La condición de preferencia que debe revestir el receptor de la prestación ha sido ya suficientemente estudiada y precisamente explica el interés que puede tener el acreedor-*solvens* en excluirlo de su posición mediante el pago. De dicho extremo parece partir también el legislador para otorgarle a este último la misma posición que ostentaba el preferente, en virtud del mecanismo subrogatorio. Parece obvio, en efecto, que tanto en el diseño legislativo cuanto en los supuestos que la práctica conoce, el *solvens* actúa movido por el interés de asegurarse la satisfacción de su derecho de crédito.

Para ello, opta por realizar la prestación debida por el deudor a otro acreedor; el cual, de no verse satisfecho y siéndole preferente, podría instar una ejecución contra el patrimonio del deudor que podría resultar perjudicial en términos jurídico-patrimoniales al hipotético acreedor-*solvens*. Pero, según lo visto, aunque este último actúe interesadamente (lo que, en otras palabras, es la regla del tráfico patrimonial), no por ello puede entenderse que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, en el sentido del artículo 1210-3º antes explicado<sup>168</sup>.

El aserto se ve avalado, de entrada, por la propia numeración del artículo 1210, que distingue claramente ambos supuestos. Además, y sin necesidad de reiterar lo ya estudiado en el capítulo tercero, admitiéndose la recíproca condición de terceros del acreedor-*solvens* y del acreedor preferente, resulta imposible integrar lógicamente el último inciso del artículo 1210-3º (“salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda”) como debiera hacerse en caso de defender una posición contraria a la aquí mantenida. El interés del acreedor-*solvens*, así entendido, concede una particular especificidad al supuesto de hecho contemplado en el párrafo 2º del artículo 1210. Hasta el punto de que se considera por el legislador causa suficiente para otorgar de forma inmediata la subrogación al acreedor-*solvens*: efectuado el pago, sin más consideraciones, se produce el efecto subrogatorio. En otros términos, el artículo 1210-1º, referido en parte a la subrogación por pago del tercero, por cuanto se refiere al supuesto ahora estudiado, funciona con absoluta independencia de las diversas actitudes que pueda adoptar el deudor frente al pago del tercero (conocimiento, ignorancia, aprobación...), que es el objeto propio de la regulación establecida en los arts. 1158 y 1159 del Código civil<sup>169</sup>.

---

168 Contra, ALBALADEJO, *Derecho civil*, 11-1º, cit., pg. 109, quien refiere la expresión de estar interesado en el cumplimiento de la obligación al 1210, 1º y 3º; explicando en nota (ibidem, núm. 4) que “de estar interesado en el cumplimiento el tercero, habla en general el art 1210.3º. El apartado 1º de ese artículo es un caso concreto en el que aquel tiene interés. Son otros, por ejemplo: el de los socios de la sociedad deudora (sentencia de 14 mayo 1928), el de los acreedores que se hicieron cargo, por cesión de los bienes del deudor (sentencia de 9 abril 1930)”.

169 VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4ª ed., Valladolid, 1937, confrontando la subrogación legal a la convencional, llegaba a la conclusión de que en aquella no era necesaria o precisa la aprobación del deudor en los supuestos contemplados en los párrafos primero y tercero del artículo 1210 CC.

El sistema legal parte de la consideración de que, siendo el acreedor-*solvens* un tercero frente al acreedor preferente, se trata de un tercero especialmente cualificado por su condición de acreedor respecto del deudor común. Y partiendo de este dato, el Código civil, siguiendo la línea de una tradición histórica ininterrumpida, configura dicho pago como un supuesto particularmente especial de subrogación en el que no son atendibles las diversas actitudes que pueda adoptar el deudor respecto del pago efectuado.

## **V. LA SUBROGACION DEL TERCERO NO INTERESADO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION**

### **1. Caracterización inicial del supuesto de hecho por contraposición a los dos anteriores**

Analizados los números primero y último del artículo 1210 corresponde ahora centrar el estudio en el número restante, el segundo. De acuerdo con el mismo, preceptúa nuestro Código civil que: “se presumirá que hay subrogación... cuando un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor”, estableciendo así una norma que, ya a primera vista, produce la sensación de que se está frente a un supuesto de mucha mayor *generosidad* y generalidad que los dos anteriormente estudiados, si se acepta lo expuesto.

De una parte, el Código civil habla aquí, de forma explícita, de tercero, término que no ha utilizado en absoluto en los otros dos supuestos; en los que la intervención del *solvens* queda limitada, subjetivamente hablando, en atención a dos circunstancias que restringen, de forma notoria, la participación de personas extrañas a la relación obligatoria constituida.

En el artículo 1210-3º, en realidad, los hipotéticos *solventes* han de venir revestidos de la condición de partícipes en la propia relación obligatoria. Por su parte, en la subrogación del acreedor que paga a otro acreedor, si bien aquel debe calificarse como tercero, la necesidad estructural de la preferencia exige una pluralidad de relaciones obligatorias coincidentes en la persona del deudor. Y precisamente de este dato hace derivar el le-

gislador el presumible interés del acreedor no preferente en eliminar (jurídicamente hablando, por supuesto) al que se encuentra en mejor grado.

En cambio, en el supuesto ahora abordado el presunto *solvens* no viene calificado de forma alguna; ni por su condición de acreedor preferente (en relación) a otros, ni por su cualidad de “tener interés en el cumplimiento de la obligación”. Todo lo contrario, se dice de él que es un “*no interesado en el cumplimiento de la obligación*” y, llanamente, se le califica como tercero, esto es, como persona absolutamente extraña a la relación obligatoria.

En tal sentido, puede insistirse en que el eje cardinal de la regulación establecida por el Código civil ha cambiado de signo y punto de mira. Hasta ahora, en el orden expositivo del estudio, el Código civil, a efectos de otorgar la subrogación, ha fijado su atención de forma exclusiva en la condición del hipotético *solvens*. En el supuesto del número 2º opta, sin embargo, por lo contrario: el efecto subrogatorio lo hace dimanar fundamentalmente del hecho del pago con aprobación expresa o tácita del deudor, descuidando la caracterización del *solvens*. Lo califica simplemente como tercero y -de aceptar la tesis aquí expuesta- si introduce el inciso “no interesado en la obligación” lo hace precisamente para recalcar que es tal, que no es un partícipe en la obligación, sin que ello signifique que el tercero no tiene interés (comúnmente entendido) en realizar el pago, por el mero hecho de que no puede llegar a comprenderse cómo, no estando obligado, iba a realizarlo si no.

En compensación, el número 2º del artículo 1210 introduce un factor subjetivo que no es objeto de consideración en los otros supuestos: el deudor. En los casos ya estudiados, el deudor (o, mejor, las diversas actitudes que pudiera adoptar el deudor frente al pago de una persona diferente a él) no es objeto de contemplación; se caracteriza a los posibles *solventes* y se dice que su pago comporta subrogación, sin que para nada importe -hablando, desde luego, en términos generales- la actitud que pueda adoptar aquel. Al contrario, en el supuesto del art 1210-2º la aprobación expresa o tácita se convierte en un presupuesto de la eficacia subrogatoria del pago del tercero.

De lo dicho emergen dos datos de importancia que resaltan la profunda conexión existente entre los arts. 1158-1159 y 1210-2°. De un lado, el hecho de que este último llama en causa, en relación con el pago del tercero, las circunstancias de orden cognoscitivo o volitivo centradas en la persona del deudor que constituyen, por así decirlo, el aspecto descriptivo de los supuestos de hecho contemplados en los artículos 1158 y 1159 (aunque, como es evidente, lo haga de forma parcial). De otro, que el posible efecto subrogatorio del pago del tercero se contempla, por fin, de forma positiva en el artículo 1210-2°, frente a la prohibición de exigencia de subrogación que el artículo 1159 establece en caso de que el pago se haya realizado con ignorancia del deudor.

De ser cierto lo anterior y las conclusiones obtenidas en los precedentes apartados, resultaría que, frente al efecto subrogatorio característico del pago realizado por el partícipe (art. 1210-3°) y por el acreedor-*solvens* (art. 1210-1°), el número 2° del artículo 1210 del Código civil concede la subrogación al tercero genéricamente considerado.

## **2. Conocimiento y aprobación del deudor**

Para que se produzca el efecto subrogatorio, el pago del tercero habrá de acaecer con la aprobación expresa o tácita del deudor, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1210.2°. La aprobación recae, pues, sobre la realización del pago y no sobre el efecto subrogatorio, legalmente determinado. Y es que, interviniendo la voluntad aprobatoria del pago ajeno, la subrogación es extraordinariamente fácil de explicar y comprender, aparte de que así resulte establecido en el Código civil: aun cuando se reduzca el pago a la realización de un determinado hecho (lo que, por otra parte, en el caso estudiado será la regla práctica), es evidente que toda conducta humana presupone el correspondiente querer del sujeto que lo promueve y, en tal sentido, se da aquí una cierta “coincidencia de voluntades” si bien psíquicamente consideradas en cuanto se acepte la tesis del acto jurídico<sup>170</sup>.

---

170 Como es sabido, se ha discutido largamente cuál sea la naturaleza jurídica del pago, sin que se haya llegado a ofrecer una solución admisible para la generalidad de la doctrina, tanto patria cuanto extranjera. La cuestión dista, pues, de ser pacífica y aquí no podrá hacerse otra cosa que resaltar la dificultad de la materia,

El *solvens*, precisamente por ser un tercero, no estaría obligado en caso alguno a realizar la prestación (no es un “interesado en el cumplimiento de la obligación”); si la realiza es porque quiere y a ello le moverá naturalmente algún interés, salvo casos de inimputabilidad o de error (con lo que nos saldríamos del campo estudiado), pero dicho interés o móvil de su conducta no presupone un verdadero acuerdo de voluntades con el deudor o el acreedor que, siendo previo al hecho del pago, haga correr la cuestión por la senda de la transmisión convencional del crédito o de la deuda.

---

así como afirmar -con el profesor LACRUZ- que subyace en ella un problema práctico de gran importancia: la relevancia de la voluntad del deudor y del acreedor en el acto de cumplimiento (lo que, en opinión de dicho autor debe abordarse directamente, “prescindiendo de innecesarios planteamientos conceptuales”). Por lo general, la doctrina tradicional, no excesivamente preocupada por el tema, al menos en su vertiente conceptual, se limitaba a poner de manifiesto la asimilación entre el pago y la realización de la prestación debida. De aquí que se defendiera la tesis de que el pago era un hecho jurídico extintivo de la relación obligatoria. Posteriormente, sin embargo, la consideración de supuestos particulares en los que la realización de la prestación debida traía consigo una necesaria “adecuación de voluntades” (posterior, lógicamente, al acuerdo de voluntades propiamente dicho, en su caso) entre acreedor y deudor y la exigencia “vivificadora” -según HERNANDEZ GIL- del *animus solvendi*, pusieron las bases para desarrollar la tesis negocial del pago, afirmándose éste, entonces, como verdadero negocio jurídico, ya fuese unilateral o bilateral (el llamado por algunos contrato ejecutivo o contrato de cumplimiento), según los diversos autores. Desde este momento puede decirse que toda la discusión ha girado en torno al carácter negocial o no del pago; disputa superada, en cierto sentido, por una postura doctrinal muy extendida que resalta la dificultad de ofrecer una solución unitaria, útil y coherente al problema de la naturaleza jurídica del pago.

Tal regla general se pretendió vislumbrar afirmando genéricamente que el pago es un acto debido, a lo que, a su vez, se le ha achacado que mediante tal procedimiento no se puede cludir la discusión sobre la naturaleza negocial o no del pago, en cuanto también puede deberse un negocio jurídico.

Dentro de estas líneas, marcadas originariamente por autores extranjeros, se mueve la doctrina española. En ella, aunque sin olvidar la complejidad de las cuestiones aludidas, cabe afirmar al menos que la tesis negocial pura no ha encontrado seguidores. Incluso aquellos autores que se sitúan -o son situados por otros posteriores- en una línea intermedia o ecléctica, partiendo de la aceptación de la tesis negocial en algunos casos concretos (como, por ejemplo, el precontrato), la someten a tan profundas matizaciones que, aunque sea de forma implícita, finalizan por resaltar la mayor adecuación y pertinencia de la tesis del acto jurídico al cumplimiento. Con todo, las diferencias de matices no son nimias. Pero no pueden ser objeto de examen o transcripción en esta nota. Por tanto, para cuestiones de detalle y más amplia bibliografía me remito a las obras siguientes: A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, cit., pgs. 315-316; HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pgs. 279 ss. (particular interés tiene el “análisis crítico” de la jurisprudencia por él realizado); PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pgs. 261 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1º, cit., pgs. 94-95; LACRUZ, *Elementos* 11-12, cit., pgs. 79-83; ESPIN, *Manual*, cit., pgs. 125-126.

Como es sabido, la tesis del acto debido fue formulada por CARNELUTTI en varios de sus numerosos trabajos (cfr. fund., *Prova testimoniale del pagamento y Negozio giuridico, atto illecito e atto dovuto*, en *Studi di diritto civile*, pgs. 229 ss. y 251 ss.). La sigue últimamente en nuestra doctrina DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, cit., pgs. 611-613 (“el pago en cuanto tal es un acto jurídico, y más concretamente, lo que en la doctrina se ha denominado un acto debido”); también PINTÓ RUIZ, “Naturaleza jurídica del pago”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1949, pgs. 224 ss. Conforme con la calificación de acto, BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., pgs. 5 ss. y 47 ss. (el cumplimiento es un simple acto jurídico voluntario en cuanto acto humano, pero carente de la espontaneidad de origen, de estructura y función típica en los negocios jurídicos”). Cfr. también, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. y notas de Santos Briz, Edit. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958, pgs. 408 ss.



Por su parte, es evidente que la recepción de la prestación por el acreedor ha de contar también con su voluntad en tal sentido; según se viene diciendo, el Código civil la presupone por principio, pero desde luego sin otorgarle un alcance negocial. Finalmente, el cuadro se cierra con la legalmente denominada “aprobación expresa o tácita del deudor”, cuya emisión requiere naturalmente una acción volitiva del deudor, pero sin llegar tampoco a convertirse en una declaración de voluntad negocial, sino quedando reducida a mero elemento integrante del supuesto de hecho. El efecto subrogatorio no se deriva del alcance que, negocialmente, pudieran atribuir acreedor y deudor al pago realizado por el tercero (cosa que, por otra parte, es evidente que podría hacer cualquiera de ambos; el acreedor incluso en el caso de que el deudor ignore el pago, pues si el *solvens* no puede en tal caso compelerle a ello -como establece el art. 1159 CC- es claro que aquel puede pactar la subrogación con el *solvens* si así lo desea), sino de la propia realización del supuesto de hecho considerado por el artículo 1210-2º CC.

Vista la expresión legislativa y conocido el rechazo del formalismo en el Derecho moderno<sup>171</sup>, la forma de la aprobación puede reconducirse a las más variadas actitudes y manifestaciones del deudor, ya sean de carácter activo u omisivo y dejando aparte, naturalmente, los problemas de prueba que pudieran derivarse. Respecto de tal cuestión, carácter expreso o tácito<sup>172</sup> de la aprobación, no parece que sea necesario aquí más que remitirse a las reglas generales sobre el particular, en el sentido de que la primera supondrá una manifestación inequívoca de la aprobación, mientras que la segunda se deducirá de un hecho concluyente. El dato que sí resulta ineludible resaltar ahora es que la aprobación, en cualquiera de sus formas, tiene que ser *anterior o coetánea al pago*, como indica el profesor ALBALADEJO<sup>173</sup>; quien, recogiendo lo dicho en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1967 (“la aprobación del deudor, sea expresa o tácita, debe preceder o acompañar al pago”), insiste en la idea con su

---

171 Recuérdese, en relación desde luego con el consentimiento contractual vinculante, el título XVI del Ordenamiento de Alcalá de 1348, quilla de la nueva singladura en relación con el tema de la forma. Vid., por todos, para el tema, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pgs. 277 ss.

172 En relación con la aprobación tácita, vid. la sentencia de 9 de marzo de 1908.

173 *Derecho civil*, II-1º, cit. (1975), fund. pgs. 109 y 286.

habitual y precisa prosa: “Luego, no vale la posterior y por ser posterior, y no porque no pueda encerrar aprobación tácita, hay que desechar que valga como aprobación el haber recibido el deudor la notificación de haber pagado el nuevo acreedor al antiguo, y no haber formulado oposición ni reparo”<sup>174</sup>.

En efecto, no puede ser de otra manera. En el momento de producirse el pago es cuando ha de determinarse la actitud que el deudor adoptó frente a él, sin que quepa hacer consideración alguna *a posteriori* en el campo o ámbito característico de la subrogación legal. Otra cosa bien distinta es que, posteriormente, deudor y *solvens*, convencionalmente, puedan recrear la obligación antes existente (por ejemplo, si paga el *solvens* con ignorancia del deudor, con ánimo benefactor, una deuda de éste garantizada con cláusula penal, ésta no se entiende subsistente, pero el deudor puede declararla o reconocerla o “revivirla” como tal, si así lo deseara; pero ni siquiera así está subrogando al *solvens*, porque la relación obligatoria ya se había extinguido: lo que está haciendo es reconociendo una deuda idéntica a la que anteriormente pesaba sobre su patrimonio) o que, con anterioridad y para que no haya dudas al respecto, el acreedor o el deudor decidan pactar con el *solvens* la subrogación. Al contrario, en el ámbito estricto del pago del tercero, la actitud que pueda adoptar el deudor frente al mismo se considera por la propia ley como uno de los elementos integrantes del supuesto de hecho y, por tanto, ha de dilucidarse, de manera necesaria, con anterioridad a la íntegra realización del propio supuesto de hecho.

Resulta evidente que la determinación del supuesto de hecho, de la mano de los artículos 1158 y 1159 CC, puede desembocar en diferentes planos atendiendo precisamente a la actitud del deudor frente al pago del tercero. Y es que, admitida la intervención del tercero de forma generalizada, los efectos de su pago o cumplimiento de la prestación debida por el deudor necesitan concretarse de alguna manera. El legislador, dando por hecho que el acreedor, como regla, no va a poner reparos al cumplimiento del tercero, recurre como criterio diferenciador a la postura adoptada por el deudor.

---

174 ALBALADEJO, op. cit., pg. 286.

La disección de las diversas actitudes que el deudor puede adoptar frente al pago del tercero fue ya realizada con anterioridad, al final del primer capítulo y en el capítulo segundo de esta obra. Se adelantaba allí que asimilar el conocimiento del pago a la ignorancia del mismo parecía una conclusión criticable y que, por tanto, no debería predicarse en ambos casos una misma consecuencia jurídica: derecho de reembolso a favor del *solvens*. De acuerdo con ello, se indicaba que la regla establecida en el párrafo segundo del artículo 1158 del Código civil no ha de ser considerada, en rigor, como el principio general en la materia y que acaso lo mejor fuera reducir las diversas actitudes del deudor al tríptico: ignorancia, oposición y conocimiento, comprendiendo este último extremo tanto los supuestos de aprobación -ya expresa, ya tácita- cuanto los de conocimiento sin oposición.

En dicho supuesto de conocimiento sin oposición, no es necesario insistir otra vez en ello, es evidente que el conocimiento habrá de ser previo o simultáneo al pago, habiendo de considerarse repetidas aquí las consideraciones apenas realizadas respecto de la aprobación.

Pero tal cuestión, es obvio, es un *posterius* respecto de la admisibilidad de la subrogación en el caso de que el deudor, llegando o habiendo llegado a conocer el pago del tercero, no se oponga ni apruebe dicho acto. Centrémonos, pues, sobre este punto. Evidentemente, la eficacia subrogatoria del pago conocido encuentra el grave obstáculo de que no parece hacer referencia a él, de manera paladina al menos, el artículo 1210-2º, cuando habla de aprobación expresa o tácita. El *pago conocido*, esto es, sin aprobación u oposición, no puede desde luego aproximarse a la aprobación expresa; de otra parte, tampoco parece merecer a primera vista la consideración de hecho concluyente que pudiera fundamentar la existencia de una aprobación tácita.

Mas tampoco puede decirse que la tesis contraria parezca absolutamente correcta de acuerdo con los datos que proporciona el Código civil. Decir que el artículo 1158-2º establece la regla general en caso de pago del tercero, para, a continuación, indicar que en el supuesto de oposición la regla es otra (la del art 1158-3º) y que, dándose la aprobación por parte del deudor, se produce el efecto subrogatorio tampoco parece plenamente

convinciente. Si el Código civil estructura la materia desde un punto de vista casuístico, en atención a la actitud del deudor, no se ve por qué puede decirse que la regla general y, por tanto, con eficacia expansiva, ha de individualizarse en el párrafo 2º del artículo 1158. Pudiera aducirse en tal sentido que dicha conclusión se apoya en la mayor generalidad del tenor literal del precepto (“*el que pagare por cuenta de otro*”); pero estimo que dicho argumento no puede superar la discordancia de fondo que subyace en elevar a la categoría de regla general el derecho de reembolso contemplado en el art 1158-2º: para establecer las consecuencias jurídicas del pago del tercero el sistema del Código civil atiende sin duda a las diversas actitudes que puede desplegar el deudor y, para llegar a la conclusión referida, han de asimilarse el conocimiento del pago y la ignorancia del mismo.

Dicha línea interpretativa, aparte de que no parece satisfactoria desde un punto de vista lógico, encuentra incluso dificultades en la propia letra del párrafo primero del artículo 1158, donde se indica que puede pagar cualquiera “*ya lo conozca y apruebe, o ya la ignore el deudor*”. Resultan confrontados así, *ab initio*, el conocimiento y la ignorancia. Y ello es cierto, aunque naturalmente no suponga que el conocimiento comporta la aprobación: cosa evidente, porque el artículo 1158-2 *in fine* contempla la posible oposición del deudor. Pero la contraposición entre conocimiento e ignorancia sigue en pie. Además, de lo expuesto parece deducirse que el legislador ha pergeñado un cuadro lógico en el que el pago del tercero puede realizarse sin conocimiento o con conocimiento del deudor. En el primer caso, *ignorancia*, no ha lugar a mayores disquisiciones; en el segundo, en cambio, el conocimiento vendrá acompañado de la aprobación o de la oposición, según la letra de la ley; pero ¿qué ocurre cuando el conocimiento del pago no incita al deudor a adoptar una actitud decidida en pro o en contra del pago? El supuesto, a mi entender, no ha sido contemplado en las normas comentadas, acaso porque el legislador no pensara que la indolencia del deudor pudiera llegar a tal extremo.

Si ello es así, entre aplicar a dicho supuesto la regla establecida en el artículo 1158-2º o el efecto subrogatorio ex artículo 1210-2º, la cuestión ha de decidirse en favor de este último, porque desde luego lo que no parece defendible es asimilar ignorancia y conocimiento, situaciones precisamente antitéticas, contrarias o antagónicas, como se prefiera.

La afirmación de la eficacia subrogatoria del pago conocido pudiera entonces intentarse por una vía interpretativa, sin duda forzada, pero que parece la más adecuada al problema planteado: entendiendo que el conocimiento del pago exige del deudor expresar su aprobación u oposición, de acuerdo con el esquema legal, y que el silencio frente a la conocida intervención (simultánea o posterior al propio conocimiento) de un tercero en la relación obligatoria propia ha de entenderse como una “actitud muy próxima a la aprobación tácita y reconducible a ella por vía de aplicación analógica (art. 4-1º del Código civil). Como dice el profesor DE CASTRO, aun cuando el brocardo *qui facit videtur consentire* no puede ser hecho valer de forma indiscriminada, “se aplicará especialmente al *permiso tácito*, que hace que lo que, a ciencia y paciencia, se deja hacer en la propia esfera jurídica, no se entienda acto ilícito, sino acto tolerado (comp. arts. 444, 1942); y también a la *autorización tácita*, que se considera otorgada por quien haya de dar licencia, consentimiento o autorización, y deja que se actúe sin su oposición o, como se suele decir ‘a ciencia y paciencia’... “<sup>175</sup>.

Confrontemos a continuación lo dicho con alguna opinión que siga la línea contraria a la propuesta. Con todo se debe advertir que el artículo 1210 no ha sido especial objeto de devoción de la doctrina clásica, que suele limitarse a transcribir, sin comentarios o muy someramente anotados, sus diversos párrafos. Basta confrontar las exposiciones generales sobre Derecho de obligaciones o las obras monográficas sobre el tema que se han ido citando a lo largo del presente trabajo (en cuanto a las no consultadas -que, de todas formas, no coinciden con las no citadas- habrá que conformarse con afirmar que, verosímilmente, seguirán el mismo camino, pues -como es obvio- no se puede ser absolutamente exhaustivo). Por consiguiente, no puede decirse que sean numerosos los intentos de explicación del párrafo segundo del mencionado artículo, aunque por supuesto puedan reseñarse algunos acercamientos a dicha norma. Así, por ejemplo, observaba el profesor CASTAN TOBEÑAS, en su clásico *Derecho civil español, común y foral*, que la subrogación supone “propiamente un cambio de acreedor en la relación obligatoria y, por ello, no puede realizarse sin el consentimiento o la aprobación del deudor, el cual puede tener interés en que su acreedor

---

175 DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pg. 69. Subrayados del autor.

no sea sustituido por otro”<sup>176</sup>. En una primera aproximación, semejante interpretación acaso pueda parecer correcta y adecuada al tenor literal del artículo 1210-2º: sólo la aprobación exigida por la norma citada comportará el efecto subrogatorio del pago del tercero. Empero, sus fallas comienzan a ponerse de manifiesto cuando se considera el fundamento en que CASTAN basa el aserto anterior, afirmando que ello es así por constituir la subrogación una substitución de acreedor que impone tener en cuenta el interés del deudor<sup>177</sup>. Si la interpretación, a la letra, realizada del artículo 1210 es, desde luego, discutible; el fundamento de la misma es claramente inadecuado.

### **3. El pago del tercero realizado con conocimiento del deudor en la Compilación navarra**

Como ya se ha advertido la Ley 497 de la Compilación navarra regula, por su parte, el pago por terceros. Por cuanto se refiere al problema dilucidado en las páginas precedentes, es evidente que no se plantea en el ordenamiento civil navarro, ya que el segundo inciso de la Ley citada establece textualmente que “el tercero que hubiese pagado con conocimiento y sin oposición por parte del deudor, así como el que lo hubiere hecho por tener interés en el cumplimiento, quedará subrogado en el derecho del acreedor”.

Según puede verse, queda resuelto en el mismo sentido que en el Código civil, de acuerdo con la interpretación aquí defendida. Ahora bien, naturalmente ello no quiere decir que la disposición navarra constituya un argumento más en favor de la tesis de este escrito, por razones obvias e innecesarias de reseñar. Si no fuera por los argumentos anteriores, insertados dentro del propio sistema del Código civil, la solución navarra, como mucho, serviría para hacer una propuesta *de iure condendo*.

---

176 Indicando a continuación que “así el art 1210 dispone que la subrogación sólo se presume cuando el tercero paga con aprobación expresa o tácita del deudor y el artículo 1159, que el pague por otro ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos”. Así en diversas ediciones del *Derecho civil español, común y foral*; personalmente he comprobado las siguientes: 6ª ed., revisada, tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1943, pg. 516; 9ª ed., tomo III, 1958, pg. 279; 2ª ed., tomo III, 1974, pg. 329.

177 Sin embargo, en la misma obra, páginas más adelante (cfr. 11ª ed., pg. 358), indica CASTAN que la subrogación convencional no exige el consentimiento del deudor

Aclarado semejante extremo, lo que sí cabe es hacer una comparación entre las normas correspondientes de la Compilación navarra y las del Código civil ya vistas, para afirmar que la falta de referencia en la norma navarra a la aprobación del pago por tercero ha de entenderse subsanada por el hecho de que se regula el requisito mínimo para que la subrogación se produzca, sin que ello, naturalmente, signifique que la aprobación no comporta efecto subrogatorio<sup>178</sup>.

#### **4. La inexistencia de presunciones y el carácter legal de la subrogación**

Llegados a este punto, resulta necesario examinar una cuestión, hasta ahora implícita a lo largo del trabajo, que afecta sobremanera a la conclusión obtenida. Me estoy refiriendo, como es obvio, al carácter que haya de atribuirse a las subrogaciones establecidas en el artículo 1210, en cuanto que pueden ser interpretadas bien como presunciones de un acuerdo de subrogación, bien como efectos legalmente impuestos dimanantes de la realización de los respectivos supuestos de hecho.

La cuestión ha de ser resuelta, a mi entender y siguiendo también en este punto a mi maestro A. DE COSSÍO<sup>179</sup>, en el segundo de los sentidos indicados, como se desprende del tenor de algunas frases ya avanzadas en páginas anteriores. Sin embargo, conviene plantearla someramente, aunque sea por la mínima probidad científica de subrayar que, para quien les otorgue el significado de presunciones iuris tantum, la tesis aquí defendida podría verse desmentida por la voluntad efectiva del deudor, quien -de lograr demostrar su voluntad en contrario- podría hacer decaer el efecto subrogatorio. Así pues, si se sigue tal criterio, el efecto subrogatorio derivado del pago del tercero realizado con conocimiento y aprobación del deudor no sería un dato característico del sistema del Código civil, sino una mera eventualidad de posible realización.

---

178 El extremo que ha sido objeto de consideración no merece, por lo visto, la atención de SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, cit., pgs. 268-269.

179 A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., pg. 318.

Para quienes sostengan el carácter presuntivo de las subrogaciones del artículo 1210, el punto de partida de su postura vendrá representado sin duda por el propio tenor literal del encabezamiento de dicho artículo, donde se indica que “se presumirá...”.

Al propio tiempo, quizá quepa traer a colación el artículo 1209, del que parece deducirse que la subrogación convencional no puede presumirse y que la legal no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.

Precisamente de aquí parte, un esclarecido autor de nuestros días, el profesor DIEZ-PICAZO, para afirmar que “excepcionalmente, sin embargo, para casos concretos, se establecen algunas presunciones de subrogación. Estas presunciones de subrogación que nuestro Derecho positivo recoge en el artículo 1210, no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación. La ley no opera la subrogación. Se limita a entender o presumir existente un convenio de subrogación, salvo pacto en contrario. Se trata, por consiguiente, de puras presunciones *iuris tantum*, que operan una inversión de la carga de la prueba, de suerte que habrá de ser quien niegue la existencia de la subrogación quien pruebe la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes en este sentido”<sup>180</sup>. Ello obliga a DIEZ-PICAZO a describir, en páginas anteriores de sus *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, la subrogación legal en un doble sentido: “la subrogación es legal cuando se produce *ope legis*, es decir, cuando el crédito resulta adquirido por el subrogado sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica. Puede hablarse también de una subrogación legal en aquellos casos, en que, aún no produciéndose la adquisición del crédito automáticamente o *ipso iure*, le es atribuida a una persona la facultad de demandar frente al acreedor satisfecho que el crédito le sea subrogado”<sup>181</sup>.

La detenida transcripción de la opinión del autor citado creo que puede venir justificada por dos razones: de un lado, por la indiscutible

---

180 DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, cit., pg. 803. En el texto original la expresión presunciones de subrogación va entrecomillada.

181 Op. cit., pg. 801. La doctrina expuesta ha sido igualmente recogida en el *Sistema de Derecho civil*, redactado conjuntamente por DIEZ-PICAZO y GULLON, II, cit., pgs. 199 a 200.



autoridad doctrinal del profesor DÍEZ-PICAZO en materia de obligaciones y, de otro, curiosamente, por el hecho de ser una opinión aislada en la doctrina patria.

En efecto, la mayor parte de la doctrina relevante de la segunda mitad del siglo XX -aunque algunos autores no lo digan de forma expresa- considera que el puro dato literal no puede vincular al intérprete y que el sistema del Código civil estriba en derivar el efecto subrogatorio, de forma automática y *ex lege*, del pago realizado bajo las circunstancias señaladas en los diversos números del artículo 1210<sup>182</sup>. En este sentido, en palabras del profesor A. DE COSSIO, “lo que caracteriza a la subrogación producida en virtud de un pago hecho por otro es que la misma se impone *ope legis*, sin necesidad de consentimiento del deudor ni del acreedor”<sup>183</sup>. La misma tesis es mantenida, entre otros, por los profesores ALBALADEJO<sup>184</sup>, ESPIN<sup>185</sup> y, posteriormente, LACRUZ BERDEJO. Destaca este último, en un párrafo muy apretado y jugoso, aludiendo sin duda a la tesis avanzada por DIEZ-PICAZO, que “la presunción que sienta el artículo 1210 en sus tres apartados no lo es de un convenio de subrogación entre el acreedor y el *solvens*: al contrario, aquél no puede evitarla y tampoco el deudor (acaso ni aún prohibiéndola cuando aprueba el pago), y sí sólo el propio *solvens* mediante manifestación en contrario”<sup>186</sup>.

Se comprende fácilmente que los autores mencionados como defensores de cualquiera de ambas opciones, eminentes juristas todos ellos, no descuidan a explicar con detalle el fundamento de sus respectivas posiciones por haberlas emitido en obras de carácter general; las cuales, de una parte, presentan una exposición sistemática, cerrada y coherente en sí misma y, de otra, no permiten analizar con detenimiento cuestiones tan concretas como la presente. Por las razones contrarias, en este estudio

---

182 Aparte, naturalmente, de los demás supuestos legalmente previstos, a los que ya se ha hecho alguna referencia con anterioridad.

183 *Instituciones de Derecho civil*, loc. ult. cit.,

184 *Derecho civil*, II-1º, cit., pg. 286. Conceptúa ALBALADEJO los diversos supuestos del artículo 1210 como casos de subrogación legal, indicando que se habla de la misma cuando independientemente de acuerdo de los interesados, la ley la establece directamente como efectos de determinados hechos”. Vid. también, en la misma página, nota 1.

185 De forma menos explícita, cfr. *Manual de Derecho civil español*, 3ª ed., vol. III. Madrid, 1970, pgs. 247-248.

186 LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1º. cit., pg. 147.

monográfico será necesario intentar explicar por qué se sigue la dirección mayoritaria últimamente expuesta.

Evidentemente, el único escollo que encuentra la tesis propuesta o aceptada en nuestro ensayo es la propia terminología del Código civil, al comenzar el artículo 1210 indicando que *se presumirá que hay subrogación....*

De entrada, entonces, cabría aducir que, según lugar común muy reiterado, el Código civil no sólo es un Código popular -en el sentido que le atribuyera el profesor DE CASTRO<sup>187</sup>-, sino que, además, su falta de técnica es notoria en buena parte de sus pasajes. Por tanto, cabría caer en la tentación de afirmar de forma apriorística que, donde el Código dice lo que dice, debería estimarse que dice se entenderá que hay subrogación ex lege (o cualquier otra fórmula similar, más adecuada al lenguaje legal). Con ello, obviamente se seguiría una vía lógica de dudosa validez de la que conviene alejarse: aparte de ser discutible, como dogma, el atecnicismo del Código, sería necesario al menos demostrar con exhaustividad en qué pasajes incurre en semejante defecto y en cuáles no. Y no existiendo un índice de tales fragmentos, cortes normativos o pasajes, en el que identificar el artículo 1210, se impone seguir otra línea de razonamiento.

Ya se ha visto antes que el artículo 1210 del Código civil y el 1227 del Anteproyecto siguen fielmente la respectiva norma del proyecto isabelino, aparte el hecho de que, por mor de la publicación adelantada o previa de la Ley hipotecaria, se supriman los últimos supuestos que el Proyecto enumeraba (los aquí denominados “supuestos hipotecarios”). Dicha continuidad se pone de manifiesto, formalmente hablando, en el propio Anteproyecto, donde se indica entre paréntesis que el artículo 1227 procede del 1117 del Proyecto<sup>188</sup>. Éste, a su vez, se encabezaba estableciendo que la subrogación tiene lugar por disposición de la ley, parecidamente a cuanto señalaba (y sigue señalando, claro) el artículo 1251 del *Code civil français: la subrogation a lieu de plein droit*. De tales expresiones se deduce lo contrario de lo que actualmente parece disponer el artículo 1210.

---

187 Cfr. sobre el particular, F. DE CASTRO, *Estudio preliminar a la Edición crítica del Código civil* de MELON y LOPEZ, Madrid, 1969, especialmente pg. 23. Sabido es que el profesor DE CASTRO no utiliza tal expresión en sentido peyorativo. Aquí tampoco.

188 Cfr. la Edición citada de PEÑA, pg. 383.

Esto es, que la subrogación se produce *ope legis*. ¿Ha habido realmente un cambio legislativo? ¿Puede decirse que la mutación formal tiene un contenido deliberado? Aunque naturalmente no se pueden ofrecer respuestas incontrovertibles a tales preguntas, entiendo que no es excesivamente arriesgado afirmar que semejante viraje legislativo puede descartarse, en atención a que no cabe rastrear, en modo alguno una alteración substancial de las líneas directrices del pago por subrogación. No parece que el cambio de expresión sea manifestación suficiente de que el legislador de 1888-1889 optara de forma consciente por romper la continuidad histórica, convirtiendo las subrogaciones legales del artículo 1117 del Proyecto en meras presunciones de transmisión del crédito o en convenios de subrogación.

Así parece, además, que lo consideraba la doctrina coetánea a la publicación del Código civil, que no hacía referencia alguna al cambio de expresión. Ha de considerarse sumamente significativo que uno de los mejores juristas de la época y abogado de notorio éxito y fama, F. SANCHEZ ROMAN<sup>189</sup>, perfecto conocedor tanto de la legislación histórica cuanto del, entonces, *Derecho constituyente* -y, no se olvide, la obra citada lleva pié de imprenta de 1889, precisamente-, se limitase a enumerar los casos en los que tenía lugar la subrogación legal sin hacer referencia a presunción de subrogación alguna. La misma conclusión se ve ratificada de forma especialmente explícita si se atiende al comentario con que, pocos años después<sup>190</sup>, cerraba MUCIUS SCAEVOLA el estudio de la materia: “últimamente, conviene advertir... que la subrogación, en los casos en que la ley la presume en los artículos 1210 y 1211, tiene lugar *pleno iure* (obsérvese la coincidencia con ‘la expresión del Code civil français), como la compensación. No se admitirá pues contra ella prueba ninguna, ni en el acreedor que recibe el pago, ni en el deudor por quien se hizo, que se oponga a la declaración legal de la subrogación. Por lo mismo no se necesitará en estos casos declaración especial de las partes; la simple prueba del hecho de haberse pagado por el deudor y la de haber concurrido cualquiera de las circunstancias que en dichos artículos se requieren, bastará para realizarse la subrogación con cuantas consecuencias la atribuye el artículo 1212”.

---

189 SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, II, Madrid, 1889, pg. 256.

190 En 1902, que es la fecha de edición del tomo XIX del *Código civil comentado*, cit., pg. 1052.

Mas, si se analiza el tema con cierto detenimiento y aunque aquí se esté propugnando la solución contraria, no puede silenciarse el hecho de que la tesis propuesta por el profesor DIEZ-PICAZO cuenta a su favor, dentro de la propia interpretación sistemática del Código civil, con un argumento de importancia, que podría resumirse así: es evidente que no todas las presunciones que conoce el Código civil se formulan mediante la utilización del verbo empleado en el artículo 1210; pero, en sentido contrario, la pura utilización del verbo *presumir* inclina a pensar que se está frente a una verdadera presunción. Si ello es así, en este caso, resultaría que trayendo a colación el artículo 1251<sup>191</sup>, la presunción del artículo 1210 habría de ser interpretada como pura presunción *iuris tantum*, ya que aquella norma dispone textualmente que “las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente la prohíba”.

Es decir, que la subrogación no se produciría *ope legis* y de forma automática, sino que el hecho del pago lo único que comportaría sería dispensar al *solvens* de toda prueba, por el hecho de verse beneficiado por la presunción (cfr. art 1250 del Código civil, vigente hasta primeros de enero de 2001, al ser derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil y cfr. en la LEC-2000 arts. 385 y 386, de las presunciones legales y judiciales<sup>192</sup>).

Desde el punto de vista técnico, la conclusión obtenida parece de absoluta pureza y dificulta de forma extraordinaria la cuestión, que cada

---

191 Derogado y dejado vacío, como es sobradamente sabido, desde primero de enero de 2001, por la LEC-2000.

192 Artículo 385. Presunciones legales. 1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

Artículo 386. Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior

vez se vuelve más oscura y dudosa. Porque desde una perspectiva finalista, en el caso concreto estudiado resulta sin duda extraordinariamente peligroso para el tráfico jurídico plantear el tema alrededor de la voluntad de las partes, cuando esta -siguiendo la tesis de la naturaleza no negocial del pago- sólo puede ser psíquicamente contemplada y, por tanto, no como verdadero acuerdo de voluntades (del que pendiera la subrogación) en sentido técnico.

El deudor que conozca el hecho del pago no podrá demostrar su inexistente “*voluntad subrogatoria*” si con ello pretende privar al *solvens* del derecho que la ley le atribuye; su voluntad es absolutamente irrelevante a tal efecto. El deudor habrá de limitarse, en su caso, a probar la falta de conocimiento del pago realizado, con lo que, obviamente, la subrogación no se da porque, ignorando u oponiéndose el deudor al pago, el sistema legal ha individualizado dichos supuestos de hecho atribuyéndoles consecuencias jurídicas distintas.

En el mismo sentido ha de concluirse en relación con los supuestos contemplados en los números 1º y 3º del artículo 1210; casos en los que, produciéndose el pago con absoluto respeto de la ley (siendo acreedor y pagándole a otro preferente o pagando el participe en la obligación), resulta sencillamente inexplicable que en unos casos pudiera dimanarse el efecto subrogatorio y en otros no.

¿Cuál sería en tales casos el factor determinante de que se produjera o no la subrogación? Salvo que se logre dar una respuesta ajustada a dicha pregunta -y en estas páginas no se acierta a ello- parece absolutamente necesario prescindir del dato gramatical proporcionado por el encabezamiento del artículo 1210 y seguir explicando los supuestos en él contemplados como verdaderas presunciones legales. Desde luego, la respuesta no puede venir dada en atención a la “voluntad” del deudor que no ha sido considerada como elemento integrante del supuesto de hecho, como quedó explicado.

Acaso haya de aventurarse, así, que la utilización del giro *se presumirá* en el artículo 1210, en cierto sentido, es un efecto reflejo de lo previamente sentado en el artículo 1209, donde se utiliza ya el término

presumirse, con un sentido igualmente oscuro, que no ayuda en nada a la resolución del problema planteado. Obscuridad que posiblemente dimanase de la alteración sistemática de que es objeto la materia de la subrogación, al introducirla el Anteproyecto en sede de novación, lo que a su vez implicó la necesidad de comprimir las normas anteriormente dedicadas al tema. De tal manera que el artículo 1226 del Anteproyecto queda redactado así:

*“La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código (1116 Proyecto). En los demás, será preciso establecerlo con claridad para que produzca efecto”*<sup>193</sup>.

Con la leve diferencia de que el Código dice establecerla en el segundo párrafo, es el actual artículo 1209. Pero lo que resulta asombroso es que el Anteproyecto se remita al art 1116 del Proyecto: “La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor tiene lugar por, disposición de la ley o convencionalmente”, y que no se refiera para nada al artículo 1118 del mismo cuerpo legal: “la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago”, que, aún muy lejano al artículo 1226 del Anteproyecto, parece en todo caso más adecuado que el artículo al que la Comisión se remite de forma expresa.

Una vez utilizado el término presumirse, la cuestión se ve definitivamente complicada por el hecho de que cuando el legislador regula las presunciones introduce la regla ya vista (art. 1251 del Código civil, art 1264 Anteproyecto), tomándola del art 2518 del Código civil portugués y del artículo 1381 del Anteproyecto belga de Laurent, precisamente antitética de lo que dispusiera el párrafo 2º del art 1227 del Proyecto isabelino: “contra la presunción de la ley no se admite prueba, si la ley misma no ha reservado expresamente el derecho de probar lo contrario”.

Si de lo anterior resulta algo claro es precisamente que el dato gramatical en sí mismo considerado aporta escasa luz sobre la controversia

---

193 Cfr. Edición de PEÑA, cit., pg. 382.

planteada y que atendiendo a los precedentes inmediatos del Código civil, en rigor, no se pueden establecer unas líneas claras de desenvolvimiento de las normas mencionadas. En cambio, considerando el tema desde una perspectiva histórica más amplia, los datos de Derecho comparado que se han ido viendo a lo largo del estudio y, sobre todo, de la propia estructura de los supuestos incluidos en el artículo 1210 del Código civil, se impone la conclusión de que en dicha norma se regulan propiamente supuestos de subrogación legal.

## 5. Inexistencia de *iter presuntivo* en el artículo 1.210 del Código civil

Como último intento de aseverar dicha afirmación, mayoritariamente compartida por la doctrina española, quizá deban hacerse ahora unas consideraciones de orden conceptual en torno a las presunciones; sin necesidad, por supuesto, de intentar siquiera una somera exposición sistemática de la materia<sup>194</sup>.

Por obvias razones, no interesan aquí las praesumptiones hominis<sup>195</sup> y de la subdivisión de las praesumptiones iuris en iuris simpliciter, de un lado, y, de otro, iuris et de iure tampoco se considera necesario señalar la diferencia por ser sumamente conocida, aparte de innecesaria a los efectos perseguidos. Ambas tienen la misma estructura y el criterio diferencial tiene relevancia sólo por cuanto se refiere al mantenimiento de lo presumido. Según una noción clásica<sup>196</sup>, recogida en el canon 1825 del Codex iuris canonici, “praesumptio est rei incertae probabilis coniectura”. Sin que lo exprese el canon referido, es evidente que la presunción se ha de asentar

---

194 Como es sabido, la doctrina civilista contemporánea no suele detenerse en el estudio de la misma. Sí lo hacía, por ejemplo, OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, cit., pgs. 195-197.

195 Aparte de que, con razón, la doctrina duda acerca de la oportunidad o conveniencia de agruparlas (junto con las iuris) en una misma categoría. Vid., sobre el tema, ANDRIOLI, voz “Presunzioni (Diritto civile e diritto processuale civile)”, en *Novissimo digesto italiano*, tomo XIII, Turín, 1957, pgs. 776 ss; SERRA, *Normas de presunción*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963. Cfr. también por la aproximación conceptual existente entre las presunciones legales y las ficciones, PUGLIATTI, voz “Finzione”, en *Enciclopedia del diritto*, tomo XVII, pgs. 658 ss.

196 Para la evolución del concepto durante la etapa del Derecho común, puede verse, en lengua castellana, HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, traducción y notas de SANCHO SERAL, Edit. Revista de Derecho privado, Madrid, 1931, pgs. 64 ss.

a su vez sobre un hecho cierto, como pacíficamente se admite. Además donde sí se dice tal cosa es en el artículo 1249 del Código civil: “las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado”<sup>197</sup>.

Según lo anterior, el esquema lógico de la *praesumptio legis* estriba en que la ley deduce de un hecho cierto, como consecuencia lógica probable, un hecho incierto. A posteriori, este incierto hecho será el soporte de aplicación de una norma jurídica que determinará las consecuencias jurídicas, los efectos reales de haberse realizado lógicamente el camino presuntivo.

La presunción, por tanto, en cuanto procedimiento lógico no parece tener otra virtualidad que la de determinar el supuesto de hecho de aplicación de una norma jurídica que, de otra forma, no podría aplicarse. Cuando el Código civil dice, por ejemplo, que “siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa...” (art. 1183) no está haciendo otra que sentando la admisibilidad del procedimiento presuntivo.

Evidentemente, hacerlo es ya dictar una norma, cuya *Rechtsfolge* es dar como cierta la *res incerta*; ahora bien la deducción de la *res incerta* no tiene otra finalidad que saber cuál ha de ser el sentido de la aplicación del art 1182: esto es, si el *interitus rei* implica o no la extinción de la relación obligatoria. Tomando como base un artículo muy cercano al anterior, el 1889, la presunción de voluntaria entrega del documento privado justificativo de la deuda no hace más que servir de *Tatbestand* a la regla del 1188. En similar sentido habría que entender la declaración de fraudulentos de los “contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito” del art 1927, etc.

Lo dicho parece aplicable incluso a disposiciones legales en las que se superponen la propia presunción del advenimiento o acaecimiento

---

197 Nuestro Código civil, por tanto, opta por no recoger la norma (calificada con acierto por la doctrina extranjera de puramente formal) de los Códigos civiles francés e italiano de 1865 (en ambos, artículo 1349; pervive en aquel y ha pasado a ser el actual artículo 2727 del italiano) en que se indicaba que “las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho cierto para llegar a otro desconocido”.



de la res incerta y la consecuencia jurídica dimanante de conjeturar la misma concepción por padre y madre dentro de matrimonio-hijos legítimos, del art. 108). Por el contrario, a pesar de su dicción literal, en el artículo 1210 CC la deducción lógica -que subyace, desde luego, en la norma- no es verdadero procedimiento presuntivo, no tiende a establecer una res incerta, por considerarla probable; sino que se dirige de forma inmediata a determinar el efecto (subrogatorio) de la realización de ciertos supuestos de hecho, de cuya certidumbre y adecuación a lo legalmente dispuesto se toma impulso para deducir la subrogación, pero sin considerarla una conjetura probable.

## 6. La subrogación legal en las aportaciones monográficas contemporáneas

Cuanto hasta ahora llevamos visto, en base a mi viejo escrito de hace más de treinta años, difícilmente puede entregarse hoy a las prensas sin considerar las muy estimables aportaciones monográficas sobre la cuestión con que hemos tenido la oportunidad de contar en España en las tres últimas décadas, en las que el debate sobre carácter legal de la subrogación en los casos contemplados en el artículo 1210 del Código civil español sigue estando presente. Adelantemos que la gran mayoría de tales aportaciones ratifican el carácter legal de la subrogación *ex* artículo 1210, aunque ciertamente existen aún algunos autores que, por *fas* o por *nefas*, ofrecen visiones distintas y, en cierto sentido, cercanas a la opinión expresada de manera recurrente por el profesor DÍEZ-PICAZO o son particularmente condescendientes con dicho entendimiento.

Seguiré, para ello, la ordenación estrictamente cronológica, comenzando precisamente con el prof. HERNÁNDEZ MORENO, quien ofrece una explicación sobre la cuestión de claridad discutible, pese a dedicarle un buen número de páginas. Entiende nuestro autor que el artículo 1210 presume “el interés propio del que realiza el pago”<sup>198</sup>, para concluir más adelante que “la presunción establecida en el Código civil se refiere a una particular forma de ejercicio del interés del pagador, que es la única

---

198 *El pago del tercero*, cit., pg. 217

tenida en cuenta, de acuerdo con la finalidad de la norma contenida en el artículo 1.210<sup>199</sup>. A mi entender, resulta difícil compartir la argumentación y el razonamiento de HERNÁNDEZ MORENO, si se considera que el entero sistema o conjunto normativo regulador del pago del tercero tiene como estrella polar la satisfacción del acreedor, dada la contingencia, transitoriedad y vocación autoextintiva de cualesquiera derechos de crédito<sup>200</sup>, frente a las características radicalmente antagónicas de los derechos reales.

Hernández Moreno escribe, sin embargo, después de que el prof. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO hubiera escrito sobre el particular en la primera edición de los Comentarios EDERSA sobre los artículos de referencia (en 1980), como después volvería a hacer en, 1991, en el Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia y, de nuevo, en la segunda edición de los Comentarios EDERSA, ahora en coautoría con E. VALLADARES<sup>201</sup>. A su vez, en esas mismas obras, asume el comentario, entre otros, del artículo 1210 el prof. SANCHO REBULLIDA<sup>202</sup>. Ambos comentaristas, expresando compartir la opinión de Lacruz, desarrollan una respetuosa pero acerada crítica contra la opinión sustentada por el prof. Díez-Picazo, con toda suerte de argumentos, de índole lógica e histórica que no merecen ser reiterados. Sin exageración alguna, puede afirmarse que, a partir de entonces, para la gran mayoría de los estudiosos, hayan o no escrito sobre la materia, empieza a ser relativamente generalizado considerar que la interpretación o el entendimiento de Díez-Picazo, en las últimas décadas del siglo XX, pese a su auctoritas, debe ser abandonada en este punto, pues ha de considerarse preponderante la doctrina clásica y que coincide con la defendida en este ensayo: no hay presunciones de subrogación, sino supuestos de subrogación legal, como lo acredita la línea de desarrollo legislativo en la materia, que sin duda debe llevar a concluir que la subrogación en todos los supuestos contemplados en el artículo 1210 se produce ministerio legis.

---

199 Ibidem, pg. 229.

200 Por no extenderme en la idea, me permito remitir a mi obra institucional *Derecho de Obligaciones*, 16ª ed., cit. Pg. 8.

201 En esta obra, ya citada, en el primer epígrafe

202 Así, por ejemplo, es la pg. 312 del Com. Mjusticia, cit., afirma el profesor SANCHO REBULLIDA: "El art. 1210 no presume una voluntad subrogatoria cuando el tercero solvens se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en él; en su caso, lo haría iuris et de iure, pero creo que ni aún así; que impone el efecto subrogatorio ministerio legis cuando el tercero solvens se encuentra en alguna de las tres circunstancias numeradas; y ello, sin y aún contra la voluntad del acreedor accipiens...".

“Por consiguiente –afirma poco después nuestro colega C. VATTIER FUENZALIDA- no sólo es de compartir este último criterio, sino que conviene tener en cuenta que la subrogación propia es, a nuestro modo de ver, la que actúa precisamente *ex lege*, ya que es la única que responde al fundamento, estructura y funciones de la subrogación personal; como sabemos, la subrogación convencional no es más que una categoría vacía de contenido, que debe suprimirse o identificarse con la cesión del crédito. Así pues, los casos que contempla el citado artículo 1210 son auténticas hipótesis de subrogación legal”<sup>203</sup>

Prologada por el propio profesor Díez-Picazo y publicada en la Editorial Civitas, en 1996, ve la luz un ensayo monográfico de A. CAÑIZARES LASSO, en el que la contemplación del tema considerado se extiende en algunas páginas, aunque en algunos asertos parece pronunciarse de manera contradictoria, pues si bien persigue de manera esforzada la autora reforzar la tesis de la presunción<sup>204</sup>, existen igualmente en la obra otras afirmaciones rotundas a favor de la legalidad de la subrogación por pago o del efecto subrogatorio del pago por tercero<sup>205</sup>. Anotadas unas y otras afirmaciones, de manera textual, a pie de página, dejo a juicio de las personas que eventualmente sean lectoras la valoración de cuáles de ellas deben preponderar, dado que mi opinión sobre el tema ha sido ya manifestada.

---

203 VATTIER, *Notas sobre la subrogación personal*, cit., 1985, pg. 511.

204 *El pago con subrogación*, cit.. Al final de la pg. 89: “... literalmente, el artículo 1.210 no califica los casos que incluye como supuestos de subrogación, sino que se limita a presumir la subrogación”.

En pg. 91: “Presume, por tanto, la ley la existencia de un convenio... bien entre acreedor y solvens, mediante la aprobación del deudor, bien entre deudor y solvens. Aquel que niega la existencia de subrogación tendrá que probar la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes”.

“Producido el supuesto de hecho recogido por la norma, el artículo 1.210 en los distintos casos previstos en ella, se producirá la consecuencia jurídica, presunción de subrogación” (pg. 92).

205 Pg. 88: “Entendemos que la subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la ley sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de hecho de una norma jurídica”.

Pg. 52: En los casos de los artículos 1.209 y siguientes sin entrar de momento en la discusión en torno al artículo 1.2120 (si es subrogación legal o uno de los supuestos en que se presume la subrogación), desde luego, estamos ante supuestos en los que el pago produce como efecto la subrogación. En los casos del artículo 1.210 CC, literalmente y en todos los supuestos existe un pago:...”. “Todos los supuestos de subrogación de los artículos 1.210 y 1.211 CC son casos en los que como consecuencia de un pago se produce la subrogación, es decir, se produce el subingreso de un sujeto en el lugar que ocupaba el primitivo acreedor y todo ello como consecuencia del pago efectuado...”.

En 1997 son publicadas dos monografías debidas a la pluma de sendos civilistas, de gran finura jurídica y con indiscutible habilidad investigadora, Pedro DEL OLMO y Tomás RUBIO (orden alfabético, ahora) que, curiosamente parecen representar a las dos tesis contrapuestas que venimos considerando.

Para DEL OLMO, tratando de reforzar la opción presuntiva "... en casi todos los exégetas del Code es posible encontrar el recurso, a veces meramente literario, a la idea de que la subrogación no es más que una cesión que la ley presume"<sup>206</sup>. Sin embargo, curiosamente, en la propia página anterior nuestro autor ha dejado dicho en un párrafo que transcribo íntegro que "En los casos de subrogación legal, la voluntad del tercero no es relevante para adquirir el crédito pagado,, como cree HERNÁNDEZ MORENO, sino sólo para excluir, en su caso, un efecto legalmente previsto. Cuando paga un tercero del artículo 1.210 y nada dice, se subroga por imperativo legal. De esta manera, adquiere el derecho personal que se corresponda con las circunstancias de su intervención y, adicionalmente, el crédito del acreedor pagado. Su voluntad será decisiva sólo para decidirse a ejercitar el derecho que prefiera y que ya está en su patrimonio".

*Ergo*, la subrogación es legal y, además, un efecto legalmente previsto, verdad? Que su titular pueda o quiera ejercitarlo, o no, o lo deje prescribir, o renuncie a él..., como a cualquier otro derecho, poco tendrá que ver con el diseño legal de la cuestión, a mi juicio y también al de RUBIO GARRIDO<sup>207</sup>, quien resalta, con incisiva precisión, que si la subrogación dependiera del acreedor accipiens, por otorgarle dicha facultad el sistema legal, el solvens "... quedaría ... a merced de lo que el capricho del acreedor ya satisfecho tuviese a gana hacer". O sea, que el efecto legal evita situaciones que se asienten en el capricho o en los antojos del acreedor o en cualesquiera otras circunstancias subjetivas alejadas de la equidad, como predicara DUMOULIN. ¡Ciertamente, así es y, es más, así debe ser: el acreedor, habiendo sido ya satisfecho, carece de interés legítimo alguno para empadronarse de la situación!

---

206 *Pago de tercero y subrogación*, cit., pg. 181. Cursivas del autor citado.

207 *La subrogación por pago*, 1997, cit., pg. 35

Capítulo aparte merece, a mi entender, la opinión de J. FERNÁNDEZ VILLA<sup>208</sup>, quien se solaza verdaderamente en la cuestión y da muestra de su maestría y conocimiento del tema en su magnífico estudio monográfico sobre el artículo 1212 del Código civil, al poner sobre la palestra un par de argumentos de peso respecto de la cuestión tratada a los que me permito remitir:

1º) El primero de ellos de fondo, de carácter ideológico, pues de manera paladina defiende que pretender negar que los supuestos del artículo 1210 sean casos de subrogación "... supondría volver a la concepción dominante antes de la obra de DUMOULIN, y deterrar la equidad que siempre presidió la evolución histórica de la subrogación"<sup>209</sup>

2º) La contradicción que supone que DIEZ-PICAZO defienda que el supuesto del fiador que paga al acreedor, sea un caso de subrogación legal, estando –como está, a juicio de Fernández Villa y de quien suscribe dicho supuesto integrado en el número 3º del propio artículo 1210<sup>210</sup>.

Aunque razonando sobre el artículo 1209, es decir, sobre la subrogación convencional, parece propugnar también el carácter legal de la subrogación L. ARNAU RAVENTÓS, afirmando que la "... raíz convencional casa mal con el reiteradamente aludido carácter excepcional y legal del efecto subrogatorio en el crédito por pago de deuda ajena"<sup>211</sup>.

Sigue igualmente la doctrina mayoritaria, apoyándose tanto en autores clásicos cuanto contemporáneos, Nieves BAYO RECUERO en su espléndida monografía (procedente de su tesis doctoral), concluyendo que la opinión generalmente defendida "... es la más correcta y fundamentada. Pues se puede considerar que ... [a pesar del se presumirá] el Código recoge unos casos donde la subrogación se produce automáticamente, de ahí que se pueda mantener, o bien que se trata de una impropiedad terminológica el denominar presunciones a los que son verdades subrogaciones le-

---

208 *El pago con subrogación...*, cit., pgs. 337 y ss.

209 Pgs. 343-344.

210 *Ibidem*, pg. 344.

211 *Pago parcial, subrogación...*, cit., pg. 168.

gales, o, por el contrario, que el legislador cuando hablaba de presunciones estaba refiriéndose al género de las iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario”<sup>212</sup>.

Finalmente, según creo (o, por ahora, como prefiera el lector), en 2006, G. GALICIA AIZPURUA se suma a la línea mejor fundada y mayoritaria de manera decidida, siguiendo en concreto lo indicado en 1991 por los profesores Bercovitz y Valladares: “los preceptos de referencia no establecen una suerte de regla presuntiva por la que deba sobreentenderse que... existen convenio subrogatorio entre el acreedor y el solvens, sino que prescriben la subrogación en tanto que consecuencia automáticamente anudada a las mismas y, sin necesidad, por tanto, de ninguna clase de declaración de voluntad”<sup>213</sup>.

## 7. La STS 18/2009, de 3 de febrero

En varias de las aportaciones monográficas que han sido reseñadas hay múltiples manifestaciones de asombro ante la inexistencia de una doctrina jurisprudencial, o jurisprudencia a secas, sobre la materia que permitiera superar el debate doctrinal que ha sido objeto de consideración (en concreto, en más de un pasaje se refiere a ello el prof. Bercovitz).

Pues bien, al hilo de ello, conviene reproducir aquí la sentencia del Tribunal Supremo referida en el epígrafe, por haberse debatido y considerado, con ocasión de ella, precisamente el tema que nos ocupa, convertido por tanto en ratio decidendi y no en argumento o fragmento obiter dictum cualquiera. En el caso, tras el impago de un crédito hipotecario por parte de la sociedad deudora (HASA S.A.), tras ser demandada acaba afrontando el pago una sociedad que había asumido la posición de deudora no hipotecante y a la que indiscutiblemente se le otorga por la sentencia el derecho de subrogación legal, aunque no se le reconozca su pretensión de que unos avalistas solidarios que fueron liberados por el acreedor con anterioridad, hubieran de seguir siendo reconocidos como deudores.

---

212 *El pago del tercero*, cit., pg. 281-282, donde recoge, además, algunas sentencias de Audiencia sobre el particular.

213 *La disciplina sobre el pago...*, cit., pgs. 73-75.

Para este último problema, del que debemos hacer gracia, me remito a la propia sentencia y al comentario de I. BELUCHE, cuyas conclusiones críticas probablemente deban considerarse excesivas atendiendo a los hechos probados. Pero claro, esto es otra cuestión, extravagante en nuestro estudio<sup>214</sup>, centrado en la primera de las cuestiones referidas, respecto de la que la STS 18/2009 se pronuncia de manera inequívoca a nuestro juicio en el fundamento jurídico segundo, que parcialmente vamos a transcribir, sin mayor comentario en esta sede:

“Otro tema que debe ser analizado con carácter prioritario es el relativo a si el art. 1210.3º recoge un caso de subrogación legal. La sentencia recurrida acoge la tesis que considera los casos de subrogación del art. 1.210 CC como de presunción. Es cierto que existen posturas doctrinales minoritarias (aunque importantes por la autoridad jurídica de sus patrocinadores<sup>215</sup>) que sostienen, bien la tesis de la subrogación convencional -presunción de un convenio de subrogación de modo que se atribuye la carga de la prueba de la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes a quien niegue su existencia-, bien la de la subrogación presunta -presunción “iuris tantum”-, con dos variantes, según se requiera la voluntad del acreedor, o también la del deudor; y también lo es [cierto] que el texto del Código en buena medida da pie para fundamentar dichas posturas porque los arts. 1.209 y 1.210 (siguiendo al Anteproyecto de 1882-1888 y separándose del Proyecto de 1.851 -arts. 1.116 y 1.117-) claramente se refieren a presunción.

De mantenerse la postura de la Audiencia el discurso a seguir incidiría en el tema probatorio -valoración de prueba, o carga de la prueba-, y, por ende, en cuestión procesal, que, al no comprenderse dentro del ámbito del recurso de casación, nos impediría entrar en su examen, quedando excluido el análisis del motivo.

Sin embargo sucede que la doctrina mayoritaria entiende que el art. 1.210 CC establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente

---

214 Cfr. “La lesión del derecho de subrogación del hipotecante por deuda ajena (a propósito de la STS de 3 de febrero de 2009)”, Diario La Ley, 12 julio 2010 (refº 4180/2010). Para el tema, en general, de la propia autora, *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002.

215 La referencia esta dirigida, probablemente, al prof. Díez-Picazo.

automática -de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria-, y compartimos tal conclusión. Los argumentos de los autores son varios, y a veces por senderos jurídicos muy diversos. La principal objeción a la subrogación legal, que se halla en la alusión del precepto a la presunción, se salva, por unos, diciendo que se trata de una presunción “iuris et de iure” (en definitiva una disposición legal ajena a cualquier perspectiva de “onus probandi”); por otros, en sintonía con doctrina del derecho francés, que se refiere a la cesión de acciones (cesión ficticia realizada por el acreedor); por unos terceros, que la presunción se refiere a la voluntad de subrogarse; y por los más, que se trata de una imprecisión o impropiedad del lenguaje del legislador (que por cierto es bastante frecuente en temas similares de presunción a lo largo de la regulación del Código) porque: no hay estructura de presunción (deducción de un hecho incierto de otro tomado como cierto), “ni tampoco inducción de una voluntad negocial implícita en tanto no se demuestre la contraria”, y “porque se trata de un efecto, y los efectos se producen o no se producen, pero no se presumen”. Aparte de ello se razona, dentro del amplio espectro de la posición mayoritaria, que no tiene sentido hacer depender la subrogación, del acreedor que cobra, por lo que “sólo la figura de la subrogación legal permite concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos”; que concurre la misma “ratio” en el codeudor solidario, o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario, y para éste existe la previsión específica del art. 1.839 CC; y que el solvens no es una persona totalmente ajena a la deuda, sino que es preciso que esté interesada en el cumplimiento.

*Sentado lo anterior -que el art. 1.210 CC recoge casos de subrogación legal-, el automatismo opera en el sentido de que no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor. No se requiere una declaración “ad hoc”; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (solvens) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio.*



## 8. Sujetos de la obligación, interposición de persona y tercero

Hasta ahora, de forma en parte deliberada y en parte por necesidades de la propia exposición, se ha venido hablando de tercero sin precisar qué deba entenderse técnicamente por tal, utilizando una noción del mismo, instrumental y desde luego imprecisa, que se ha limitado a contraponerlo a los sujetos de la obligación, a las partes. Aserto que no necesita de mayores circunloquios, por su evidencia, y que, entre otros lugares, es tradicional convertir en punto de arranque al estudiar la especial posición del llamado tercero hipotecario, además de en la teoría general del contrato (fundamentalmente, cuando se analiza la eficacia del mismo respecto a personas diferentes de las partes y, en particular, los contratos a favor y en daño de tercero). Lógicamente, las indicaciones doctrinales al respecto será especialmente útiles en las páginas siguientes, aunque haya de advertirse que la coincidencia entre los problemas originados por tales cuestiones y las aquí planteadas no deja de ser muy escasa.

La necesidad de delimitar con mayor detenimiento del hasta observado el concepto de tercero viene dada por la conclusión avanzada de que el art 1210-2º contempla estrictamente la intervención (en el pago) de alguien que sea realmente tercero. Ello impone, según se ha visto, la exclusión del *participe en la obligación* y del *acreedor-solvens*, contemplado en los dos números restantes de la norma comentada. Pero, al propio tiempo, exige también excluir los supuestos de interposición gestoria que implican la existencia de previa relación jurídica entre deudor y *solvens*.

Dichos extremos tienen una importancia grande en el estudio del pago, no por un prurito de estudioso teórico, sino por el hecho de que la determinación de la cualidad del *solvens* (si con dicho término se identifica, como suele hacerse, a quien definitiva y materialmente realiza el pago) ha de inspirar de forma especialmente relevante otras cuestiones relacionadas con el pago que, aunque no son objeto de consideración particular en este estudio, no pueden olvidarse.

Ya se advirtió al comenzar el desarrollo del tema que esta monografía se ha realizado bajo el impulso de determinar el alcance de la hipoté-

tica oposición del acreedor al pago del tercero y la subsiguiente posibilidad -o imposibilidad- de la consignación por parte de este último. Es claro que la cuestión, avanzando algunas ideas, no puede recibir una respuesta unívoca si se identifican de forma absoluta *solvens* (en el sentido indicado) y tercero.

En primer lugar, por lo visto en los párrafos anteriores, ha de concluirse que entre los tres supuestos-marco del artículo 1210 no existe homogeneidad alguna, salvo el común efecto subrogatorio atribuido al pago del *solvens*, pero no así en los datos que configuran los supuestos de hecho. La subrogación se asienta en presupuestos muy diversos y la propia intervención del *solvens*, por ende, no se encuentra legitimada por las mismas razones. Cualquier intento de asimilación, por tanto, entre el *solvens* interesado en el cumplimiento de la obligación, el acreedor-*solvens* y el tercero *solvens* resulta inadecuado.

Inadecuado si es que no ha de ser calificado, mejor, de condenado al fracaso o de pura asimilación formal -que generará esquemas acaso didácticos, pero falsos- y que, desde luego, se ve desmentido por las propias reglas del ordenamiento jurídico cuando de los *supuestos-marco* se descende a resolver los problemas patrimoniales concretos en ellos subyacentes. No creo necesario extenderme en desmenuzar lo dicho en relación con los números 1º y 3º del artículo 1210. Baste con remitir a lo expuesto en párrafos anteriores del presente estudio, insertos fundamentalmente en los capítulos tercero y cuarto.

En cambio, resulta necesario cerrarlo con unas consideraciones finales acerca de la subrogación otorgada al tercero-*solvens* del artículo 1210-2º, cuestionándose si el efecto subrogatorio se producirá tanto en el caso de que intervenga realmente un tercero, cuanto en los supuestos en que asuma la posición del *solvens* alguien que, no siendo persona obligada al pago, con anterioridad al mismo, se encuentra ligada al deudor por algún tipo de relación gestoria.

El punto de arranque de tales cuestiones entiendo que viene representado fundamentalmente por la mención de la aprobación expresa del deudor al pago del tercero, contenida en el artículo 1210 (pero, desde luego, lo que sigue cabe aplicarlo también a la tácita, aunque en tal caso

aumenten las dificultades de prueba; el valor de ambas es idéntico a los efectos del 1210.2º como ya se ha visto). Su interpretación ha sido a veces reconducida al campo de la interposición gestoria y, así entendida aquella, resulta notablemente perturbadora para la comprensión de buena parte de los aspectos que plantea el pago del tercero. Como ya se ha dicho, dicha aprobación (al igual que el conocimiento) ha de entenderse necesariamente como simultánea o anterior al pago, pues realizada con posterioridad plantea una cuestión bien diversa, ya que en tal caso el pago habría sido realizado con ignorancia del deudor y, en consecuencia, constituiría un supuesto de hecho diferente al estudiado ahora.

En esta línea, no cabe la menor duda de que, literalmente interpretado, el art. 1210.2º puede entenderse referido incluso a los supuestos de representación, por comenzar citando el fenómeno de interposición gestoria más ostensible. Lo mismo podría decirse, también, respecto de todos aquellos casos que -sin implicar representación propiamente dicha- supongan que la intervención del tercero se lleva a cabo precisamente porque entre él y el *solvens* se da una relación tal (v. gr. nuncio, auxiliar...) que comporta la realización del pago por este último, pero por iniciativa de aquel. En todos estos casos, como regla, cabe afirmar que el *solvens* actúa con la aprobación (expresa en la mayoría de los casos, pero si es tácita tanto da) y que, en consecuencia, puede considerarse amparado por la norma contenida en el art 1210-2º del Código civil.

Así, se ha afirmado alguna vez por el Tribunal Supremo, reduciendo directamente el supuesto de pago del tercero realizado con conocimiento del deudor al mandato, sin atender al dato de la iniciativa o espontaneidad de la intervención del tercero conocida por el deudor. Siguiendo tal vía y en un supuesto que realmente no requería traer a la palestra los arts. 1158, 1159 y 1210 -por tratarse de la discusión entre arrendador y arrendatario de local de negocio sobre el pago del impuesto de lujo<sup>216</sup>-, el Tribunal Supremo ha intentado ofrecer un cuadro clarificador en la materia:

“El pago de una deuda por persona distinta del obligado puede realizarse por mandato de éste, en cuyo caso vale como efectuado por el

---

216 Con tal ocasión me remito a la advertencia realizada ya en nota 4.

propio deudor, sin su conocimiento, y entonces existe la acción “in rem verso” a favor del tercero por la cantidad realmente satisfecha al acreedor y frente al sujeto pasivo del crédito y contra la voluntad del mismo, expresamente manifestada, no obstante la cual el pago confiere al que lo hizo otra acción también de enriquecimiento, aunque limitada al beneficio útil aprovechado por el deudor en función de la misma prestación”<sup>217</sup>.

Se trata, evidentemente, de un *obiter dictum* que parece querer aparentar altos vuelos y galanura teórica, para salirse de lo pedestre del caso. La experiencia no resulta, desde luego, afortunada: el Tribunal Supremo deja demasiado cabos por atar, aparte de que -por lo que ahora interesa-asimila el conocimiento del pago al mandato. Pero, aunque ya se sabe el valor que se ha de atribuir a las afirmaciones incidentales del Tribunal Supremo<sup>218</sup>, es igualmente conocido que el propio Tribunal, en ocasiones, reconvierte los *obiter dicta* en *ratio decidendi* de algún fallo posterior. Por otra parte, resulta que la asimilación entre pago aprobado y mandato parece poder fundamentarse en los propios comentarios de Florencio GARCÍA GOYENA.

Hasta el momento, las profusas citas de que han sido objeto los comentarios de GARCÍA GOYENA han servido en gran medida para fundar las opiniones personales expuestas en este escrito. Sin embargo, en el punto ahora comentado, la doctrina del insigne comentarista contradice la tesis ha poco aventurada y por mí defendida de que los supuestos en que existe una relación gestoria previa entre *solvens* y deudor no son subsumibles en el actual art 1210-2º del Código civil.

---

217 Se trata de la sentencia de 16 de mayo de 1958. En virtud del contrato de arrendamiento de local de negocio, quedaba obligado el arrendatario (después recurrente) al pago de todos los impuestos i pero, tras haberse reintegrado al negocio, paga el arrendador, por no haberlo hecho aquel. Obtiene el arrendador sentencia favorable en las dos instancias y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso, interpues;” por el arrendatario en base a afirmar que había interpuesto la oportuna reclamación frente a la liquidación del impu’estor, y que, por ello, no debiera haber pagado el arrendador. Esta última circunstancia se da por no probada en el caso de autos.

218 En relación con lo dicho, parece de toda justicia recordar aquí el fundamental trabajo de PUIG BRUTAU, “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, en Revista Jurídica de Cataluña, enero-febrero de 1953, pgs. 40 ss. y para la bondad de dicha propuesta de carácter metodológico, en contraste con la indiscriminada y abusiva cita de *obiter dicta* y *rationes decidendi* largo tiempo practicada por los más diversos autores y prácticos, no estaría tampoco de más recomendar la siempre pertinente consulta de los *Estudios sobre la jurisprudencia civil* del profesor DIEZ-PICAZO, así como una atenta lectura del Prólogo a la primera edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1973. Ambas obras, acaso, merecerán para algunas personas hoy la obtusa calificación de *antiguas*, pero yo preferiría resaltar que se trata de citas canónicas y obras fundamentales, también para los jóvenes.

Al comentar el párrafo 2º del art 1099 del Proyecto (“Puede hacerse también -el pago- por un tercero, no interesado, que obre consintiendo espreso o tácitamente el deudor”) explicaba GARCIA GOYENA lo siguiente: “porque el consentimiento espreso o tácito del deudor, equivale al mandato, según las leyes citadas, y en este caso tiene también lugar la subrogación por el número 2 del artículo 1117”.

A su vez, en la glosa dedicada a este último, insistía GARCIA GOYENA en que “este caso, omitido en el Código francés y demás modernos, envuelve mandato espreso o tácito de parte del deudor; y debe presumirse que este por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquel; y que igual fue la intención del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogación: vé el párrafo 2º del artículo 1099”.

Antes de confrontar dicha doctrina, sería acaso conveniente recordar el tenor literal de las normas correspondientes de los actuales arts. 1158 y 1159 del Código civil español en el *Code civil français* (largamente utilizado para la elaboración del Proyecto) y en el *Codice civile italiano* (que, por su parte, tampoco fue objeto de menosprecio en los siguientes trabajos preparatorios del Código). En el primero de tales cuerpos legales, se preceptuaba en el artículo 1236 que:

“Une obligation peut etre acquittée par toute personne qui y est interessée, telle qu`un coobligé ou une caution. L`obligation peut meme etre acquitée par un tiers qui n`y est point interessé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l`acquit du débiteur, ou que, s`il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier”,

mientras que el segundo de ellos (art. 1238) se limitaba a traducirla, prácticamente a la letra:

“Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore. Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse purchè questo terzo agisca in nome proprio, non venga a sottentrare nei diritti del creditore”.

Ha habido ya ocasión de señalar que la subrogación actualmente incardinada en el artículo 1210-2º del Código civil constituye una novedad de nuestro sistema jurídico, introducida precisamente por el Proyecto de 1851 y, de ahí, la pertinaz consulta y continuas referencias a la doctrina de Florencio GARCIA GOYENA por nuestra parte. Ahora cabe subrayar la diferencia existente entre la legislación española y la extranjera, por cuanto se refiere a la individualización de las posibles formas de intervención del tercero en el pago.

El Código civil español, y ya antes el Proyecto isabelino, son mucho más “detallistas” que sus modelos. GARCIA GOYENA, refiriéndose al art. 1099 expresaba con su proverbial precisión que dicha norma “es el 1236 Francés, aunque en mi concepto el nuestro es más claro y circunstanciado”. Sin duda es así, por cuanto se refiere a la descripción de las posibles actitudes del deudor frente al pago del tercero; sin embargo, en lo que los cuerpos legales patrios no son tan claros ni circunstanciados es en indicar en virtud de qué título interviene el tercero en el pago. En los preceptos foráneos antes transcritos parece poder vislumbrarse que se habla del tercero bien actuando como representante del deudor bien como tercero en nombre propio, afirmándose que en este último caso el tercero no puede subrogarse en los derechos del acreedor (o, mejor, en la posición del mismo). Ahora bien, no puede decirse, a la inversa, que cuando el *solvens* actúe en nombre y en liberación del deudor haya de entenderse producida la subrogación del *solvens* de forma automática; sino que, en aquel caso, el juego de la subrogación queda vetado y que en éste habrá que atender a la relación existente entre *solvens* y deudor. Habiéndose de concluir además que cuando se esté ante un caso de representación -actuación del *solvens nomine alieno*-, en realidad, se ha abandonado el campo del pago del tercero y, por tanto, serán aplicables exclusivamente los principios de la representación<sup>219</sup>.

Siendo ello así, resultaría que nuestro Código civil, siguiendo la huella marcada por el Proyecto de 1851, habría regulado la materia regulado la materia con una mayor corrección, al no haber entremezclado las cuestiones de interposición gestoria con el ámbito propio y específico del posible (y, en la práctica, más que hipotético) pago del tercero genérica y estrictamente considerado. Al propio tiempo, de la mano de GARCIA GO-

---

219 Así R. NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, pg. 20

YENA, se habría introducido igualmente la novedad de la subrogación del tercero-*solvens* cuando éste pagase con conocimiento del deudor, aunque desde luego no parece que fuera ésta la conclusión a la que pretendía llegar el mencionado comentarista.

En efecto, GARCIA GOYENA no sólo se reenvía del artículo 1099 al artículo 1117 (y a la inversa) insistiendo en que el pago así realizado equivale al mandato, sino que en la regulación de este contrato, en el art 1603 (“El mandato puede ser espreso o tácito...”), vuelve sobre la misma idea: “O tácito. Concuerda con la ley 6, título 35, libro 4 del Código, la 6, párrafo 2, 53, título 1, libro 17, y 60, título 17, libro 50 del Digesto, así como con la 12, título 12, Partida 5, en las que se pone el ejemplo del que sale fiador por otro que está presente y no lo contradice: hay también otro en ambos derechos que es el del artículo 1099, y la regla general es: Qui praesens patitur suo nomen aliquid fiere, nec id prohibet, mandare videtur”.

Atendiendo a cuanto hemos transcrito, no parece que puedan caber grandes dudas acerca de que la subrogación del 1117-2º del Proyecto de 1852 había de ser considerada como un supuesto de mandato tácito. Ahora bien, la calificación y el tratamiento que GARCIA GOYENA hace de dicho supuesto presenta más de una anomalía en relación con el entero sistema, que después, se han ido intensificando y hace preferible explicar, en el estadio actual de la doctrina, la subrogación del artículo 1210-2º del Código civil de manera diferente a la ofrecida por el comentarista tantas veces mencionado.

Intentar casar la subrogación legalmente concedida con el mecanismo de la *actio mandati directa* y *actio mandati contraria* que pervive en el propio Proyecto y el mismo Código civil, no parece una solución satisfactoria; calificar de tercero al mandatario que, en el sistema del Proyecto al menos (por no existir el actual art 1717), actuaba en nombre y por cuenta del mandante, no deja de ser un contrasentido casi insoluble; partiendo del esquema del mandato representativo, llegar a establecer la pervivencia de la relación obligatoria es inadecuado; etc.

Las consideraciones anteriores habrían de ser desenvueltas, como es obvio, con mayor detenimiento; mas con todo creo que son suficientes para defender una explicación que se considera más ajustada a los fenó-

menos que han sido objeto de estudio, aislando el ámbito propio del pago del tercero de todos los supuestos de interposición gestoria<sup>220</sup>, en los que el *solvens* realice el pago en virtud de sustitución, cooperación o representación<sup>221</sup>. Aunque es cierto que, así, se incurre en una forzada interpretación del significado originario del precepto del art 1210.2º, se conseguiría explicar de forma congruente cómo tales personas, a las que pudiera denominarse *intervinientes*<sup>222</sup> en el pago *por iniciativa y en nombre del deudor* no podrían pretender en modo alguno subrogarse en la posición del acreedor, ya que -aún en el caso de que externamente aparezcan como terceros- las relaciones internas que le unen al deudor se lo impedirían. Si se piensa, por ejemplo, en un caso de representación indirecta, es obvio que una vez realizado el pago (frente al acreedor como si fuese tercero) el representante no podrá pretender ocupar la posición del acreedor, pues para ello no hay que atender a lo prescrito en el art 1210, sino a las propias normas reguladoras autónomamente fijadas en relación con el mecanismo representativo, que pueden comportar el efecto subrogatorio o no.

Y en atención a ellas, podrá resultar que representante y representado acordasen que aquel llevase a cabo el pago en su propio nombre y con sus propios medios -digamos sin provisión- previendo ambos el efecto subrogatorio (con lo cual, ambos aspectos, el externo y el interno coincidirán, pero en el fondo, claro está, se trataría de una subrogación de carácter convencional, nacida de pacto y no por imperativo legal). Pero también podrá resultar -y ello será sin duda más frecuente- que, con anterioridad o posterioridad al hecho del pago, ambas personas hayan regulado o regulen sus relaciones personales, con lo que la subrogación del representante en el puesto del acreedor quedará, sin duda, descartada, etc.

---

220 Dados los cauces por los que se ha desarrollado este estudio, no ha sido precisamente necesario acudir a la doctrina alemana. Sin embargo, en este punto, sobre todo para el deslinde entre la representación y el pago del tercero, acaso resulte conveniente recordar la corrección de rumbo que imprimió al tema OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín, 1928, vol. 1, pg. 115 (ya antes, cfr. "Die Zahlung fremder Schulden", en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 82, 1894, pgs. 369 ss., pero no he podido llegar a consultarlo); HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, pg. 166. Hoy parece pacíficamente admitido, cfr. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 6ª ed., Berlín-Nuev. York, 1976, pgs. 146-148.

221 Vid. al respecto, la "categorización" del profesor DE COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., pgs. 169 ss.

222 Como hasta ahora, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, he venido utilizando los términos *solvens* y tercero de forma indistinta, prefiero utilizar un nuevo calificativo para el grupo de personas a las que me estoy refiriendo; naturalmente, lo hago por comodidad gramatical y por evitar perífrasis excesivamente largas. Sin duda, tales *intervinientes*, en cuanto actúan el pago, son *solventes*, pero no terceros.



Por consiguiente, sin necesidad de mayores particularismos, parece absolutamente lógico concluir que cuando el *solvens* no sea un tercero, sino un interviniente (en el sentido indicado), habrá que atender a las relaciones existentes (dificultades de prueba y cuestiones de apariencia aparte) entre deudor e interviniente y no a la prescripción legal del art 1210-2°. De no querer aceptar dicha interpretación de la norma se llegaría, de forma irremisible, a un resultado absurdo. En efecto, sería profundamente ilógico que el ordenamiento jurídico, como una manifestación más de sus principios generales, permitiese que deudor e interviniente regulen sus relaciones (cuan diversas y variopintas se quiera) en base a la regla indiscutida de la autonomía privada y que, posteriormente, como consecuencia del pago y por aparecer (*recte*, poder aparecer) el interviniente como persona distinta del deudor, se le considere tercero y se le otorgue una facultad subrogatoria o una *posición subrogada* que resulte (o pueda resultar) antagónica o contradictoria de dicha autonomía de la voluntad o, mejor a mi entender, autonomía privada.

Como corolario de lo anterior, se impone entonces considerar que el artículo 1210.2° regula un supuesto de hecho bien determinado: la intervención absolutamente espontánea de quien, técnicamente, pueda ser considerado tercero, por su propia iniciativa, sin que tenga que mediar cualquier otra circunstancia que no sea el conocimiento, la aprobación tácita o la aprobación expresa del deudor<sup>223</sup>. Al contrario, los pagos realizados por *intervinientes* exigirán la aplicación de las reglas generales sobre la interposición gestoria, aplicadas al caso concreto de que se trate. Y ello ocurre así tanto si la subyacente relación entre deudor interviniente existe por haber sido establecida de forma expresa como tácita.

Así pues, tanto la relación subyacente entre deudor e interviniente, cuanto la aprobación del deudor respecto del pago del verdadero tercero, pueden ser bien expresas bien tácitas. El dato diferenciador, por tanto, entre pago del tercero y pago del interviniente no puede representarse en la aprobación del deudor, ya que ésta ha de darse necesariamente y puede asumir

---

223 Contra, BELTRAN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit, fund. pgs. 134-135, donde -al deslindar las diferentes formas en que puede llevarse a cabo el pago- habla de pago con conocimiento y aprobación del deudor y, de otra parte, de pago ignorándolo el deudor; asignando, respectivamente, la iniciativa del pago a deudor y tercero.

ambas formas, sino exclusivamente en determinar si la iniciativa del pago se asienta de forma exclusiva en la decisión espontánea del tercero o no.

## 9. Gestión de negocios ajenos y pago del tercero

Para la generalidad de la doctrina, patria y extranjera, la gestión de negocios y el pago del tercero deben mantenerse distintas y separadas, aunque quepa establecer conexiones y, sobre todo, presunciones (ahora sí) respecto de que el legislador, los distintos legisladores, al regular la gestión, de un lado, y, de otro, el pago del tercero, no tuvo otro remedio que ser perfectamente consciente de que en ambas instituciones la repetición del pago útil es un efecto de general coincidencia (cfr. arts. 1893 y 1159, en relación con el 1158). De este extremo, sin embargo, extraen algunos autores una línea metodológica consistente en interrelacionar el régimen normativo del pago del tercero y el de la gestión de negocios ajenos del que existen, a mi humilde entender, excesivas resonancias teóricas en la actualidad<sup>224</sup>.

Considero que la introducción de dicha temática en el análisis contemporáneo fue introducido por A. HERNÁNDEZ MORENO, quien considerando que se trata de un supuesto prototípico afirma que “el primer[o] ... supuesto de intervención en relación jurídica ajena, mediando un interés necesariamente ajeno que tiene como fuente la ley o incluso el ‘tipo’ es el del gestor oficioso de negocios ajenos”<sup>225</sup>; dedicándole, además, un epígrafe concreto al tema: “El *penitus extraneus*: el gestor oficioso de negocios ajenos”, en el que concluye o concluía que “... los efectos que produce la intervención del gestor, será siempre la extinción de la deuda que paga, puesto que se trata de un pago necesariamente extintivo, Ello no obsta para que, reflejamente, se produzcan otros efectos-secuela, como los relativos al nacimiento de la acción de regreso, concedida genéricamente por el art. 1.158 del Código civil”<sup>226</sup>.

---

224 Cfr., en particular, GALICIA AIZPURUA, *La disciplina sobre el pago.*, cit., pgs. 23-32.

225 *El pago del tercero*, cit., pg. 142.

226 *Ibidem*, pg. 150.

Planteando dicha línea de desarrollo muchas cuestiones vidriosas que requieren mayor atención de la que ahora resulta posible, adelantaré que, en mi opinión, incluso si cupiera admitir que el artículo 1158 podría considerarse que constituye "... una regla especial cuando la negotiorum gestio consista, simplemente, en la satisfacción de una deuda no propia, regla que, en esencia, tendría la virtualidad de explicitar, per relationem a la disciplina global de los artículos 1888 y siguientes, una doble presunción que aligera el onus probandi del solvens y que, siendo acaso colegible de dicha normativa y de ciertos principios generales, no se encuentra allí expresada..."<sup>227</sup> no hay razón objetiva suficiente que permita propugnar la conmixión de los regímenes normativos respectivos del pago del tercero y de la gestión de negocios ajenos, sobre todo si se considera que esta última presupone que "una persona, mediante una intervención de carácter voluntario y sin autorización alguna del interesado, asume la carga de adoptar decisiones respecto de los asuntos de otro"<sup>228</sup>, sin limitarse, por tanto, a la mera realización de un acto jurídico que el tercero realiza, per se y en su propio nombre. Pero, como acabo de afirmar, sin duda la materia requiere mayor detenimiento y ulteriores desarrollos, pese a que me parece obvio que la contemplación normativa de la gestio y del pago del tercero no aconseja la acentuación de la relación entre ellas.

---

227 Tal y como entiende G. GALICIA que sugieren los profs. Bercotivz y Valladares en la materia: *La disciplina*, cit., pg. 23.

228 Así, C. LASARTE, *Derecho de Obligaciones*, cit., pg. 238. Tras realizar una, relativamente extensa, consideración de la negotiorum gestio en Derecho romano, llega a conclusión parecida N. BAYO RECUERO: "no obstante, relacionando esta discusión con el tema de este trabajo –el pago realizado por un tercero– ctiendo que carece de relevancia...", afirma la autora.

## BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS (PAVÍA), *Código europeo de contratos*, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, *Derecho civil*; II-1, Ed. Bosch, Barcelona, 1975 (hay eds. posteriores).

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “El pago por tercero”, *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, pgs. 13 a 92.

ALEJANDRE, *La prueba en el Derecho histórico español a la codificación*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1970.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El registro de la propiedad y las presencias del crédito en la ejecución y en el concurso*, Comares, 2004.

AMADOR RODRIGUEZ, *Tractatus de concursu et Privilegiis creditorum in bonis debitorum*, Lugduni, 1665.

AMOROS GUARDIOLA, M.

- *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967.

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo VII-2º, dirigidos por M. ALBALADEJO, págs. 240 a 319, Edersa, Madrid, 1978.

- “La garantía patrimonial y sus formas”, en *R.G.L.J.*, 1972, y ed. separada, Ed. Reus, Madrid, 1972, 34 páginas.

ANDREOLI, voz “Presunzioni” (*Diritto civile e diritto processuale civile*), en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIII, Turín, 1957, págs. 776 y ss.

ANGEL, R. de,

- *Los créditos derivados del contrato de obra*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

- “En torno al privilegio del crédito girografario”, en *A.D.C.*, 1972, págs. 1153 y ss.

ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, 4ª ed., Ed. R.D.P., Madrid, s. d. (hay ed. posterior).

ARNAU RAVENTÓS, L.

- “Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil”, *Libro homenaje a Jesús LÓPEZ MEDEL, I*, Madrid, 1999, págs. 689 a 732.

- *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Barcelona, 2000.

ARNAUD, *Les origines doctrinaires du Code civil français*, Paris, 1969.

AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, 4ª ed., tomo IV, Paris, 1871.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, 11ª ed. tomo II, revisado por CHENEAUX, Paris, 1913.

BAYO RECUERO, N., *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.

BELTRAN DE HEREDIA, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. R.D.P., Madrid, 1956.

BELUCHE RINCÓN, I.

- *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002.

- *La lesión del derecho de subrogación del hipotecante por deuda ajena (a propósito de la STS de 3 de febrero de 2009)*, Diario La Ley, 12 julio 2010 (refª 4180/2010).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E., “Comentario a los arts. 1.156 a 1.159 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1980, págs. 1 ss..

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E., “Comentario a los arts. 1.156 a 1.159 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2ª ed., págs. 1 a 58.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. “Comentario a los arts. 1.156 a 1.159”, en *Comentario del Código Civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª ed., págs. 162 a 175.

BIGOT-PREMENEAU, *Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs*, Ed. de Firmin Didot, Paris, 1808, tomo V.

BLANQUER UBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Thomson-Civitas, 2006.

BLASCO GASCÓ, F., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Aranzadi, 2004.

BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958.

BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, 1937.

CAMPUZANO TOMÉ, H., “La intervención del tercero en una deuda ajena”, *AC*, 45, 1989, págs. 3.501 a 3.523.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, I., *La renuncia a los derechos*, Madrid, 1986.

CAÑIZARES LASO, A., *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.

CARNELUTTI, “Natura giuridica dell’ipoteca”, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, 1, págs. 3 y ss.

CARPINO, “Il pagamento con surrogazione”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1971, 1, págs 731 y ss.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, 11ª ed., revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1974.

CASTRO Y BRAVO, F. de,

- *Derecho Civil de España*, 1, 3ª ed., Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1955.

- *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 197 - *Estudio preliminar a la Edición crítica del Código Civil de MELON y LOPEZ*, Madrid, 1969.

- “El término Derecho común en el Código de Comercio”, en *A.D.C.*, 1969, págs. 839 y ss.

COSSIO Y CORRAL, A. de,

- *El dolo en el Derecho Civil*, Ed. R.D.P., Madrid, 1955 (hay ed. posterior).

- *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1956 (hay ed. posterior).

- *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1975; 2ª ed. del tomo 1, 1977 .

CUESTA; J.M. de la (Vid. DE LA OLIVA)

CRISTÓBAL MONTES, A., *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.

DIEZ-ALEGRIA, “La extinción de la obligación tributaria”, en *Revista de Derecho financiero y Hacienda pública*, 1964, págs. 41 y ss.

DIEZ-PICAZO,

- *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo 1, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, reimp. 1972 (hay eds. posteriores).

-*Estudios sobre la jurisprudencia Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973 (hay ed. posterior en tres tomos).

-“La extinción de la deuda tributaria”, en *Revista de Derecho financiero y Hacienda pública*, 1964, págs. 467 y ss.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, reimp. 1967 (hay ed. posterior).

DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, 4ª ed., tomo XII, Paris, 1844.

DÍEZ SOTO, C., *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*. Colección de Derecho Concursal. Ed. Reus y Díaz-Bastien & Truan, Madrid, 2006.

ESPIN CANOVAS, D.,

- *Manual de Derecho Civil español*, 3ª ed., tomo III, Edersa, Madrid, 1970.

- “Sobre el pago con subrogación”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 300 y ss.

- “Beneficio de cesión de acciones”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo 111, págs. 323 y ss.

FERNÁNDEZ VILLA, J., *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Comares, Granada, 1999.

FERREIRO, J.,

- *Curso de Derecho financiero español*, Ed. Instituto de Estudios fiscales, 1ª y 2ª ed., ambas de 1975.

-“La extinción de la obligación tributaria”, en *Revista de Derecho financiero y Hacienda pública*, 1968, págs. 1015 y ss.



- FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 6ª ed., Berlín/Nueva York, 1976.
- FLORENSA I TOMÁS, C., *Estructura y objeto del negocio remisivo*, Madrid, 1996.
- FRESE, “Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten”, en *Studi Bonfante*, tomo IV, págs. 341 y ss.
- FUENTESECA, C., *La condonación de deudas*, Madrid, 2003.
- GARCÍA CANTERO, G., “Hacia un concepto europeo de contrato”, *Código europeo de contratos*, cit., págs. 131 a 158.
- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición facsimilar de la de 1852, Madrid, por la Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Ed., Base, Barcelona, 1973.
- GARRIDO GARCÍA, T., *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000.
- GAUTHIER, *Traité de la subrogation*, Paris, 1853.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *La cesión de créditos*, Valencia, 1993.
- GÓMEZ BLANES, “La conditio de regreso por pago de tercero”, *RCDI*, 716.
- GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª reimp. de la 3ª ed. 1968, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, “Comentario del artículo 91.5º de la Ley Concursal”, *Comentario a la legislación concursal*, Dirs: SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario de los artículos 47 y 84.2.4º de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la legislación concursal*, Dir. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2004.

GULLON BALLESTEROS, A.,

- *Sistema de Derecho civil* (vid. DIEZ-PICAZO).
- “El crédito privilegiado en el Código Civil”, en *A.D.C.*, 1958, págs. 435 y ss.
- “La prelación de créditos en el Código Civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962.
- “Comentario del artículo 1924 del Código civil”, *Comentario del Código Civil*. II, Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1991.

HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, trad. y notas de SANCHO SERAL, Ed. R.D.P., Madrid, 1931.

HERCE QUEMADA (GOMEZ-ORBANEJA), *Derecho Procesal Civil*, vol. II, 7ª ed. Madrid, 1975.

HERNANDEZ CANUT, “Reseña”, en *A.D.C.*, 1950, págs. 1340 y sigs.

HERNANDEZ GIL (Antonio), *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960 (hay reimp. posterior).

HERNÁNDEZ MORENO, A., *El pago del tercero*, Barcelona, 1983.

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, tomo VIII, Paris, 1895.

IGLESIAS, J. *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 5ª ed., Ed. Ariel, 1965.

ILLESCAS, R., “Apuntes para una reforma del Derecho concursal español”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, enero-abril, 1977, págs. 6 y ss.

JIMENEZ SANCHEZ, G. J., *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978.

LACRUZ BERDEJO,

- *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1977 (hay eds. posteriores).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968 (hay ed. posterior).

LALAGUNA, E., *Los créditos hipotecarios*, Ed. Reus, Madrid, 1977.

LAMARCA MARQUÉS, A., “Entra en vigor la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones”, *Indret*, 1, 2002.

LANDÒ y BEALE, *Principios de Derecho contractual europeo, partes I y II (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)*, Madrid, 2003].

LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. y notas de SANTOS BRIZ, Madrid, 1958.

LASARTE, C., (Coord), LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, *La reforma de la prelación de créditos*, en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.

LASARTE, C., *Principios de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 16ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012.

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, 3ª ed., tomo XVIII, Bruxelles, 1878.

LÓPEZ PELÁEZ, P., *Los créditos preferentes en el Derecho español*, Trivium, Madrid, 2001.

MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel Diritto privato italiano*, Torino, 1924.

MANRESA, J. M<sup>a</sup>

- *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, 2ª ed., Madrid, 1907; tomo XII, 4ª ed., Madrid, 1931.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo V, Madrid, 1910.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La falta de competencia de la Unión Europea para elaborar un Código civil europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho civil”, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2002, págs. 129 a 156.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Contenido y efectos del contrato”, en *Derecho Privado Europeo, cit.*, págs. 435 a 463.

MEMMO, D., “Le obbligazioni nel diritto internazionale privato”, *Le obbligazioni. I. L’obbligazione in generale (1.173-1.320 CC)*, FRANZONI (Dir.), Torino, 2004, págs. 23 y sigs.

MIGUEL Y ROMERO Y DE MIGUEL Y ALONSO, *Derecho Procesal práctico*, tomo II, 11ª ed., Barcelona, 1967.

MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987.

MORETÓN SANZ, M<sup>a</sup>. F.

- “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, *RCDI*, 713, 2009, págs. 1183.

- *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008.
- “No constituye abuso del derecho la constitución de una sociedad limitada para cumplir deuda ajenas: el pago del tercero y legitimidad del ejercicio de la acción de reembolso (Com. a la STS de 26 de mayo de 2011)”, en *RdP*, 2012.

MOURLON, *Traité des subrogations personnelles*, Paris, 1848.

MOZOS, J.L. DE LOS, “El Derecho Común y el nacimiento de Europa”, *RCDI*, LXVIII, 613, 1992, págs. 2.523 a 2.534

MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, tomo XIX, Madrid, 1907.

NICOLÒ, R. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

OERTMANN,

- *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín, 1928.
- “Die Zahlung fremder Schulden”, en *Archiv für die civ. Praxis*, vol. 82, 1894, págs. 369 y ss.

OLEA, A. de, *Tractatus de cessione iurium ac actionum*, Venetiis, 1664, y posteriormente 1735.

OLIVA, A. de la y CUESTA, J.M. de la, “Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal”, en *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, 1977, nº 2-3, págs. 641 y ss.

OLIVENCIA RUIZ, M.

- *Dictamen*, emitido el 30 de junio de 1972 (inédito).
- “El movimiento de reforma del Derecho concursal español”, conferencia pronunciada en la Universidad de Bolonia (vid. VERDERA TUELLS).

OLMO GARCÍA, P. DEL,

- *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997.
- “Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor”, *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269.
- “Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar”, *ADC*, LII, I, 1999, págs. 145 a 207.

OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Parte general*, Ed. Prieto, Granada, 1956.

PAGE, H de, *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, 3ª ed., tomo III. Bruxelles, 1967.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

PEÑA LÓPEZ, “Concurrencia y prelación de créditos concursales”, en *Estudios de Derecho Concursal*, Dir. PÉREZ-CRUZ MARTÍN y ALVAREZ LATA, Tórculo editores, 2006.

PEREZ ROYO, F.,

- “El pago de la deuda tributaria”, en *Civitas. Revista española de Derecho financiero*, núm. 6, págs. 269 y ss.
- “El pago de la deuda tributaria por un tercero”, en *Civitas, Revista española de Derecho financiero*, núm. 2, págs. 233 y ss.

PINTÒ RUIZ, J., “Naturaleza jurídica del pago”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1949, págs. 224 y ss.

PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, rev. por RIPERT con la colaboración de BOULANGER, 3ª ed., tomo II, Paris, 1949; y en la ed. de 1954 (ESMEIN, RADOUAN, GABOLDE).

PLAZA, M. de la, *Derecho Procesal Civil español*, vol. II, 2ª ed., Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1945.

POPLAWSKI, *La notion de privilège en Droit Romain et en Droit Civil français*, Burdeos, 1913.

POTHIER, J., *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, nouvelle édition, Paris, ed. facsimilar de Banchs Editor, Barcelona, 1974.

PRIETO-CASTRO, L.,

- *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1969.

- *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

- “El Derecho concursal español y el extranjero (La ley desacredita a la ley)”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, núms. 2-3, págs. 279 y ss.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo 1, vol. 11, *Derecho general de las obligaciones*, 1ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1959 y 2ª ed., de 1976.

- “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Enero-Febrero, 1953, págs. 40 y ss.

RENUSSON, *Traité de la subrogation*, Paris, 1760.

ROCA JUAN, J., “Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor (Notas al artículo 1163, párrafo 22 del Código Civil)”, en *A.D.C.*, 1968, págs. 283 y ss.

ROCA SASTRE, R. Mª, *Derecho Hipotecario*, 6ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1968 (hay ed. posterior).

ROGEL VIDE, C., “Concurrencia y prelación de créditos en el Código civil y en la legislación concursal. Verdades y medias verdades en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-marzo 2004.

ROJO A.-BELTRÁN E., *Comentario de la Ley Concursal*, (2 volúmenes), Civitas, 2004.

ROJO Y FERNANDEZ RIO, A., “Notas para la reforma de la legislación concursal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1975, nº 138, págs. 512 y ss.

RUFFINI GANDOLFI, “Per l’uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, XLVI, 5, 2000, págs. 711 a 733.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, “Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa”, *RDP*, LXXII, págs. 114 a 139.

SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, 1ª ed., Paris, 1651, también Lyon, 1757.

SALINAS QUIJADA, F., *Derecho Civil de Navarra*, ed. Gómez, Pamplona, 1974.

SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 3ª ed., 1973 y 5ª ed., 1976.

SANCHEZ MATA, “El plusvalor en el crédito refaccionario”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1944, págs. 573 y ss.

SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1889.



SCHLESSINGER, P., *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961 (hay traducción castellana, Edersa, Madrid, 1971).

SERRA, *Normas de presunción*, Ed. Nauta, Barcelona, 1963.

SERRA CALLEJO, J., “Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero”, *La Ley*, 236, 1991, págs. 1.082 a 1.107.

TORRENT, “El pago por un tercero con relación al pago con subrogación y al pago indebido”, en *Revista del Instituto de Derecho Civil*, 1, 1950, págs. 45 y ss.

VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 91 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por CORDÓN MORENO, Ed. Aranzadi, 2004.

VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, 4ª ed., Valladolid, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C.

“Notas sobre la subrogación personal”, *RDP*, 1985, págs. 491 a 514.

“Los *principles of european contract law*: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 1988, 159, págs. 21 a 24;

“Para la unificación internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, 78, 1994, págs. 223 a 230;

VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2006.

VERDERA I TUELLS, E., “Tres mercantilistas españoles en Bolonia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, nº 85, págs. 99 y ss.



**ARMONIZACIÓN, UNIFICACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL  
DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS  
(NOTAS PARA UNA REFLEXIÓN)**

JUAN ROCA GUILLAMÓN  
*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Murcia

*SUMARIO:* 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. 2. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y ARMONIZACIÓN JURÍDICA COMUNITARIA. 3. PANORÁMICA DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN EUROPA. 4. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA CODIFICACIÓN EUROPEA. 5. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 6. LA PERSPECTIVA PROCESAL. 7. *SOFT LAW*. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD COMO MÉTODO EN EL PROCESO ARMONIZADOR DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN. EL *SOFT LAW* EUROPEO COMUNITARIO. 8. DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR) A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UN DERECHO COMÚN DE COMPRAVENTA DE 11/10/2011. 9. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN ESPAÑA. LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. 10. DERECHO CIVIL ESTATAL Y DERECHOS CIVILES TERRITORIALES

## RESUMEN

La labor legislativa de la Unión Europea a través de directivas, reglamentos, e incluso recomendaciones, ha generado un acopio de reglas, normas y principios conocido como *acquis* o acervo comunitario. Pero tan rico patrimonio jurídico también levanta no pocas susceptibilidades cuando se reaviva la confrontación, más o menos oculta, pero casi inevitable, entre el sistema anglosajón del *common law*, y el *civil law*, propio de los países continentales, porque a veces se piensa que tales avances legislativos en Europa pueden terminar, bajo el paraguas del proceso armonizador, produciendo una no deseada invasión legal.

El Derecho comunitario constituye actualmente en Europa el más importante factor de dinamización de la actividad de los legisladores europeos, pero también de la actividad científica de los juristas teóricos, lo que ha dado lugar a un importante cuerpo de doctrina jurídica que retroalimenta al sistema.

La ordenación legislativa del tráfico jurídico privado en España apunta como mínimo, tres órdenes distintos de cuestiones, cada uno de los cuales, por sí solo, es fuente de puntos problemáticos: (i) la unificación del derecho de obligaciones y contratos (ii) de su modernización y (iii) a ambos en el marco del proceso de armonización comunitaria.

Aquí se trata de ofrecer desde la perspectiva de la función del contrato una configuración unitaria que permita apreciar la complejidad del problema planteado en su conjunto, pues es indudable que el contrato, como instrumento para canalizar y ordenar jurídicamente la autonomía privada, es el más adecuado de los mecanismos para facilitar la humana necesidad de las transacciones e intercambios de bienes y servicios. Y, por otra parte, el derecho de contratos es probablemente también el elemento más importante para la implementación de un mercado único.

El trabajo realiza una exposición crítica de la trayectoria del proceso armonizador del derecho de contratos en Europa, que se pone en relación con los problemas que derivan de la dualidad legislativa civil y mercantil en España y la conveniencia de su unificación, así con los problemas que surgen de la diversidad de legislaciones civiles en lo que puedan afectar a la unidad de mercado.

**Palabras clave:** Armonización del Derecho europeo de contratos. / Función del contrato en la unificación legislativa comunitaria. / Función del Derecho Internacional Privado / El *soft law* de la UE. / Unificación de la legislación civil y mercantil de contratos en España. / Diversidad de legislaciones civiles en España. / Derecho civil estatal y Derechos civiles territoriales.

**Harmonization, unification and modernization of the Law of Obligations and Contracts. (Notes for a reflection)**

**Abstract:**

The legislative work of the European Union through directives, regulations and even recommendations, has created a collection of rules, norms and principles known as *acquis communautaire* or “acervo”. Such rich legal heritage is however bound to raise a certain degree of mistrust, as confrontation is revived, more or less hidden, but almost inevitable, between the Anglo-Saxon common law and civil law, typical of continental countries; it is sometimes thought that such legislative developments in Europe may end up, under the umbrella of the harmonization process, producing an unwanted legal invasion. EC law is currently the most important factor boosting the activity of legislators across Europe, while receiving wide attention from legal scholars, which has led to a significant body of legal doctrine that feeds the system.

The law regarding private legal transactions in Spain suggests at least three different issues, and each one of them, individually considered, is a source of trouble spots: (i) the unification of the law of obligations and contracts, (ii) the modernization of contract law and (iii) both within the EU harmonization process.

I aim to offer a general survey of these issues in order to appreciate the complexity of the problem as a whole, from the perspective of the role of contract law. Contract, as the basic instrument of private autonomy, is indeed the most appropriate mechanism to facilitate transactions in order to satisfy the human need to exchange goods and services. And, on the other hand, contract law is probably the most important element for the implementation of a single market.

This paper undertakes a critical review of the process of harmonization of contract law in Europe, placed in connection with the problems derived from the dual civil and commercial legislation in Spain and the convenience of its unification. It is also concerned with the diversity of civil laws, in that it may affect market unity.

**Keywords:** Harmonisation of European contract law. / Role of contract in the european legal harmonization. / The role of private international law. / The EU soft law./ Unification of civil law and commercial contract law in Spain./ Diversity of civil law systems in Spain. / National civil law and territorial (*foral*) civil law in Spain.

## 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La elección del título para esta ponencia, a primera vista tan ambicioso por el amplio contenido que anuncia, responde al objetivo de proporcionar un argumento para la reflexión entre quienes, desde una perspectiva académica o si se quiere científica, nos preocupamos por estos temas. Anuncio ya, en consecuencia, que éste es un trabajo necesariamente “periférico” en el sentido de que no va entrar en cuestiones concretas de los contenidos normativos o institucionales de las materias a las que se refiere; y debo insistir en que no pretendo mucho más que acotar un espacio de ponderación ante la realidad del tráfico económico y jurídico de nuestro tiempo. Una realidad que acaso no se corresponde del todo con algunos planteamientos que, considerados como dogmas intangibles, nos resistimos a abandonar o incluso modificar. Y ello, entre otras razones, aún cuando es patente que asistimos hoy a un extraordinario incremento de las interrelaciones humanas y por ende también sociales. Se trata de un fenómeno que excede, en el campo jurídico, a la simple resolución de problemas en el tradicional contorno de las relaciones comerciales, lo que significa que en la actualidad ha quedado rebasado el espacio que en la práctica ha venido sustancialmente delimitado por las relaciones empresariales planteadas en el ámbito transnacional. En efecto, es fácilmente constatable que asistimos a una suerte de expansión de dicho fenómeno al campo de las relaciones personales, al tiempo que es de resaltar la coincidencia, al

mismo tiempo y en distintos países, de toda una serie de valores entendidos, a veces formulados como “principios” que, por ser generalmente aceptados, son aplicados en todos ellos a través de su propia legislación.

Tal fenómeno, cuando se traslada a la UE, se traduce en una labor legislativa comunitaria que, a través de recomendaciones, directivas e incluso reglamentos, ha generado un acopio de reglas, normas y principios que en su conjunto es conocido como *acquis* o acervo comunitario. Sin embargo conviene recordar que tan rico patrimonio jurídico también levanta no pocas susceptibilidades cuando, como recurrentemente suele ocurrir, se reaviva esa confrontación más o menos oculta, pero inevitablemente latente, entre el sistema anglosajón del *common law* y el *civil law*, propio de los países continentales, ya que tales avances de los cuerpos legislativos en Europa se piensa que pueden terminar, bajo el paraguas del proceso armonizador, convergiendo en una no deseada invasión legal. Recuérdese en este punto que el *acquis* no es una mera amalgama normativa sino que corresponde a la plataforma común de derechos y obligaciones que vinculan al conjunto de los estados miembros en la UE y que debe ser no solo aceptado por los países candidatos a la incorporación sino quedar integrado en los respectivos ordenamientos nacionales en la fecha de su adhesión definitiva. El acervo está en constante evolución y se integra, en lo que aquí interesa (i) de los principios, objetivos políticos y las disposiciones de los tratados (ii) de la legislación adoptada en aplicación de los tratados y de la jurisprudencia de la Corte de Justicia y (iii) de las declaraciones y resoluciones adoptadas en el ámbito de la Unión<sup>1</sup>.

También es necesario observar que el Derecho comunitario no parece ser un fenómeno más o menos pasajero sino que constituye actualmente en Europa el más importante factor de dinamización de la actividad de los legisladores europeos, a la par que de la doctrina. El acervo comunitario ha pasado a constituir no ya una parte sustancial de nuestro ordenamiento jurídico, que también, sino a convertirse en el auténtico estímulo de su desarrollo legislativo como lo demuestra el hecho, perfectamente constatable, de que muchos de los advenimientos y reformas legislativas

---

1 A los que habría que añadir las actuaciones en política exterior y seguridad comunes; las actuaciones en el ámbito de la justicia y de los asuntos internos y los acuerdos internacionales concluidos entre los estados miembros y en los sectores de competencia de la UE.

de los últimos años en los países de la Europa comunitaria y por supuesto en España son consecuencia de un efecto *drag along* o “arrastre” al socaire de la implementación y desarrollo de la normativa comunitaria.

Pero además es notoria la influencia de los instrumentos de que disponen los legisladores de los estados miembros de la UE a través de la elaboración de textos, borradores o anteproyectos que vienen a integrar, a estos efectos y como después veremos, un autentico *soft law* europeo. Un ejemplo paradigmático lo constituyen en los distintos países los trabajos y aportaciones, de distinta procedencia, para la reforma del Derecho de obligaciones<sup>2</sup>, en cuanto que vienen a coincidir en la asunción y utilización de criterios y propuestas de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y, más recientemente, del Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante DCFR).

Es cierto que por razones políticas los avances unificadores de derecho privado se han producido sobre todo en ciertos campos, especialmente en el de la protección de los ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios, y con alguna intensidad menor en otros terrenos como el espacio judicial europeo, al tiempo que se producen avances puntuales en cumplimiento de determinados programas como el de La Haya que previó, entre otras, futuras decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos, de las cuales muy recientemente se ha materializado el Reglamento de Sucesiones internacionales, de la Comisión, de 4 de julio 2012, que entrará en vigor en 2015, en el marco de la llamada seguridad jurídica preventiva<sup>3</sup> y su relevo, el actualmente vigente Programa de Estocolmo<sup>4</sup>. Hablar, pues, de un nuevo Derecho Común Europeo no es, por

---

2 De particular interés para nosotros la evolución en Francia de dichos proyectos. Vid. CABANILLAS SANCHEZ, A., “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (estudio preliminar y traducción)” *Anuario de Derecho Civil* (ADC, 621 ss), 2007

3 «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9. 2005]. “En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas”. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Ley aplicable a la sucesión mortis causa en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo”, LA LEY, nº 7929, 24/09/2012. HEREDIA CERVANTES Iván, “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, LA LEY, nº 7933, 28/09/12

4 *Programa de Estocolmo*: aprobado en Bruselas el 11 de Diciembre 2009 y con vigencia hasta el año



tanto, ni una extravagancia ni un mero recurso retórico, sino que responde a una realidad cuya dimensión y peso específico justifican probablemente ya tal denominación en ámbitos específicos pero cada vez más amplios.

Naturalmente que existe una predisposición en Europa continental que facilita ese *neo* derecho privado común, cual es la experiencia codificadora y su misión de ensamblaje de una dispersión normativa por muchos considerada, entonces y ahora, como indeseable y atentatoria a la seguridad jurídica. Situación que, con todos los matices que se quieran, se reproduce hoy desde esa perspectiva de la Europa comunitaria y hace renacer la vieja idea de la norma integradora que, con vocación de plenitud, renueva la aspiración a un Código de derecho privado europeo.

Por lo demás, prescindo aquí del adorno de textos y citas, que las hay y muy relevantes, en toda la amplia literatura jurídica, filosófica y política que tiene que ver con el significado de la Codificación en la Europa burguesa e ilustrada del s. XIX, para centrarme directamente en el objeto de esta ponencia.

Por último, y a modo de avance metodológico de las consideraciones que siguen, conviene advertir que la ordenación legislativa del tráfico jurídico privado en España apunta, como mínimo, tres géneros distintos de cuestiones, cada uno de los cuales, por sí solo, proporciona suficientes puntos problemáticos para, por su densidad, merecer tratamientos monográficos diferenciados. Me estoy refiriendo a los problemas de (i) la unificación del derecho de obligaciones y contratos (ii) de su modernización y (iii) a ambos en el marco del proceso de armonización comunitaria. Aquí se trata de ofrecer, aunque no necesariamente por ese mismo orden, desde la perspectiva de la función del contrato una configuración unitaria que permita apreciar la complejidad del problema planteado en su conjunto.

---

2014. Sustituye al programa de la Haya y, continúa en el robustecimiento de la libertad, la seguridad y la justicia.

## 2. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y ARMONIZACIÓN JURÍDICA COMUNITARIA

El contrato, como instrumento para canalizar y ordenar jurídicamente la autonomía privada, es el más adecuado de los mecanismos para facilitar la humana necesidad de las transacciones e intercambios de bienes y servicios: *contractus ab initio est voluntas, ex post facto neccesitatis*.

Pero sin duda una de las grandes dificultades que el ciudadano encuentra al pretender operar en el mercado internacional es la que deriva de las dudas, vacilaciones, dilemas e imprecisiones que se traducen en la desconfianza que suele generarse en tales procesos. La incertidumbre es a menudo producto de la falta de información, pero también sobre todo, de la asimetría de la información.<sup>5</sup>

En síntesis, en el desarrollo de las interrelaciones, especialmente mercantiles, hay defectos de información que generan ciertos desembolsos, inevitables, que en Economía se llaman “costes de transacción”; es decir, de forma muy simplificada, aquellas cantidades que los agentes han de afrontar para obtener la información que el otro tiene respecto de la transacción. Si estos costes son muy elevados el grado de incertidumbre también lo será, lo que puede terminar por dificultar e incluso estancar el mercado respecto de determinadas clases de transacciones<sup>6</sup>.

Una primera forma de superar el inconveniente de la incertidumbre es, en lo jurídico, como en otros campos de la actividad del hombre, el establecimiento de un lenguaje común, es decir una serie de signos pa-

---

5 Una parte (por ejemplo, el productor) ignora como reaccionará la otra (el consumidor), mientras que éste acaso ignora determinadas características o condiciones del producto que desea adquirir. Pero es muy posible que el productor cuente con más medios (estudios de mercado, pruebas técnicas) para avalar su decisión que el consumidor, cuyo grado de incertidumbre será en consecuencia subjetivamente más relevante para tomar su decisión.

6 En su acepción más simple se llaman “costes de transacción” a aquellos que son atribuibles a la compra, emisión, enajenación u otra forma de disposición del activo financiero, o a la emisión o asunción de un pasivo financiero, en los que no se habría incurrido si la empresa no hubiera realizado la transacción. Se incluyen los honorarios y las comisiones pagadas a agentes, asesores e intermediarios, tales como las de corretaje, los gastos de intervención de fedatario público y otros, así como los impuestos y otros derechos que recaigan sobre la transacción, y se excluyen las primas o descuentos obtenidos en la compra o emisión, los gastos financieros, los costes de mantenimiento y los administrativos internos («Plan General Contable» *Glosario*, C).

ramétricos en los cuales se pueda reducir el espectro de elección, y así facilitar la interacción. El lenguaje es el primer código universal; cuando hay un lenguaje común es posible sistematizar las ideas, fijar categorías y, en última instancia, definir y establecer una regla de conducta. No otra cosa es un código de derecho en la concepción racionalista de lo jurídico: una construcción *more geometrico* de un conjunto normativo.

Se ha dicho, en una suerte de redescubrimiento del valor dispositivo de las normas, mayoritario en el campo del derecho patrimonial, que en estos contextos, las normas jurídicas sirven como complemento a la voluntad de las partes para regular aquellos puntos en los que éstas no se han puesto de acuerdo, de forma que en la medida que se acerquen a la hipotética voluntad de las partes contratantes, mayor será el ahorro para ellas en costos de transacción<sup>7</sup>.

El contrato es, pues, el instrumento central de la actividad económica, el punto de referencia para minimizar las posibilidades de elección de las partes, reduciendo así la incertidumbre sobre el cumplimiento de los acuerdos, y distribuyendo en forma eficiente los riesgos y por tanto los costes de la transacción. Y sin duda, a su vez, desde la perspectiva de la complejidad jurídica, el aspecto más importante del contrato no es el de su nacimiento o constitución, donde lo relevante es la voluntad, que siempre, en mayor o menor medida, puede ser modulada de acuerdo con el principio de autonomía privada, sino el que tiene que ver con el incumplimiento y sus consecuencias.

Por otra parte el derecho de contratos es probablemente también el elemento más importante para la implementación de un mercado único. Las partes que contratan lo hacen con la convicción de que quedan sujetas por su fuerza obligatoria, y de que en caso de incumplimiento es posible obtener la ejecución forzosa o una indemnización. De este modo cabe concluir que la unificación del derecho europeo de la contratación privada redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, lo que a su vez, desde el punto de vista económico, reduciría de manera notable los costes de transacción. Al mismo tiempo, la consecución de un derecho común de

---

7 SCHAFER, Hans-Bernd / OTT, Claus, (1991), *Análisis económico del Derecho Civil*. Tecnos, Madrid.

la contratación satisfaría un importante objetivo económico, pero también político, al constituir un paso más, y muy relevante, en la creación de un espacio económico transnacional privado y un logro en la función integradora y armonizadora de la propia UE.

No es preciso entretenernos aquí en la transformación de la función del contrato según la concepción individualista de los textos de las codificaciones decimonónicas hacia una concepción donde los intereses colectivos, a veces difusos, requieren especiales medidas de protección de los ciudadanos, que en España vienen exigidas *ex artículo 51 CE*. Centrándonos solo en Europa, desde la construcción dogmática, a comienzos del s. XX, de los contratos sometidos a condiciones generales a través de la adhesión a un proyecto de contrato<sup>8</sup>, la evolución doctrinal y legislativa ha sido verdaderamente desbordante. Pero ni la intervención administrativa ni la proyección “social” del consumo, determinante de una acción política que se traduce en una parte muy importante del derecho derivado, hace olvidar que el interés general no es más que la suma de los intereses individuales: los derechos del consumidor/usuario se erigen así en una perspectiva central de la articulación político legislativa del llamado Derecho del consumo, donde, con todas las modalizaciones que se quieran, el contrato sigue siendo el mecanismo genético de las posiciones jurídicas protegibles. Otra cosa es que esta protección se implemente a través de un conjunto de garantías institucionales de naturaleza diversa: pública o semipública (sistema de arbitraje de consumo, defensores varios, organizaciones sectoriales de consumidores, etc.) o, más directamente, mediante las acciones o remedios procesales que, conforme a catálogos de derechos, las leyes (en nuestro ordenamiento esencialmente el TRLGDCU) ponen a disposición de los consumidores y usuarios.

Conviene notar que esta importante dimensión subjetiva del Derecho del consumo, que hace de la persona y sus bienes el eje central de la protección legal, sirve de conexión con otros preceptos constitucionales, como los artículos 9 y 10 CE e incluso con los relativos a derechos fun-

---

8 V. DOLAT, (1905) *Les contrats d'adhesion*, Paris. Datos en PICHON (1913) *Les contrats d'adhesion*, Thèse, Lyon. Desde una perspectiva más moderna sigue siendo útil, entre otras, la obra de BERLIOZ, (1973) *Le contrat d'adhesion*. LGDJ, Paris.

damentales<sup>9</sup>. En este momento interesa sin embargo insistir no tanto en esa concepción medular que ve en el contrato ante todo un instrumento de canalización de la autonomía personal (*subject made law*), de la libre iniciativa económica (pero también, en un plano ético, de la propia responsabilidad) sino en ese otro aspecto, más objetivo, como regla de eficiencia económica en la asignación y utilización de recursos, de justa distribución de riesgos y de previsibilidad de los costes de las decisiones<sup>10</sup>

### 3. PANORÁMICA DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS EN EUROPA

De los antes tres citados órdenes de cuestiones es el referido a la armonización, entendida en el sentido de conjunción unificadora, el que virtualmente plantea en la actualidad un frente más amplio pues debe tomarse en consideración que la armonización comunitaria es no solo sustantiva, sino también jurisdiccional, lo que supone la creación de un espacio judicial europeo y de cooperación judicial en materia civil; fenómeno que, aunque no sea este el lugar para su desarrollo, sin embargo no debemos ignorar. Y también porque es un proceso al que no podemos sustraernos: se trata de una causa que paulatinamente se ha venido imponiendo desde una Europa configurada como una consustancial realidad política, social, monetaria, fiscal y, a día de hoy, no sabemos muy bien si también financiera; pero todo eso, y no es posible ignorarlo, a partir de un complejo, si se me permite la expresión, *puzzle* cultural. Acaso por ello no pueda olvidarse que en este propósito unitario de Europa genéticamente predomina una suerte de ADN *mercatorum* que es el que realmente inspiró en su origen a la vieja Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Únicamente en los tratados originarios del Mercado Común Europeo es cuando se consigue revestir al proyecto de un aparato conceptual, que a modo de superestructura, no impide sin embargo percibir que es quizás la única sustancia nuclear en el armazón del sistema y seguramente la razón última, si no la única,

---

9 Así lo apuntan OROZCO PARDO, Guillermo y MORENO NAVARRETE, Miguel Angel, (2011) "El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado" *Anales de Derecho*, nº 29, 153 <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>.

10 CARRASCO PERERA, Ángel, (2010) *Derecho de Contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 67

que verdaderamente lo justifica. Y ello aun sin poder evitar que a veces se produzca la sensación de ser el andamiaje comunitario más retórico que efectivo, sobre todo cuando su fortaleza está siendo puesta a prueba sin que hasta el momento se perciban muchas muestras de solidaridad intercomunitaria, (como se desprende, por circunscribirnos a España, entre otros ejemplos, de la pasiva actitud del Banco Central Europeo, reticente durante los siete primeros meses de 2012 a intervenir con algún simple gesto que hubiera aliviado la agobiante presión de los especuladores internacionales sobre nuestra maltrecha economía); ni parezca importar demasiado nada distinto a salvar los intereses económicos de los bancos y fondos alemanes, belgas o franceses que sin rubor acudieron en masa a inversiones que hoy calificamos de descabelladas pero que nadie, ni ellos ni sus gobiernos, y tampoco las agencias de *rating*, puso en cuestión a la hora de obtener rápidos y cuantiosos beneficios.

A modo de conclusión sobre lo dicho, esta percepción de debilidad estructural resulta especialmente patente en la convulsa situación en la que, sin duda, nos han llevado nuestras propias contradicciones financieras, pero también unos mercados incontrolables, que ponen en cuestión la fortaleza política de una UE que, a pasos agigantados, nos ha ido mostrando las debilidades de una política monetaria común, que va evidenciando la existencia real de una Europa de al menos dos velocidades, traducida, al menos en algunos países, en un creciente “euroescepticismo”.

Aunque la frase no resulte exenta de temeridad, pues lo único seguro es la ignorancia de lo que vaya a ocurrir incluso en el muy corto plazo, concluiré diciendo que por tratarse de cuestiones suficientemente conocidas no creo necesario insistir en la descripción de tan oscuro panorama económico en este momento. Conviene, pues, a nuestro propósito orillar, en la medida de lo posible, tal situación de extrema inestabilidad actual y limitarnos a plantear un estado de la cuestión en un escenario más pacífico, aunque esa quietud no deje de ser también, quizás, bastante artificiosa.

Y es que, aún aceptando ese punto de partida limitado en la medida de lo posible a un ámbito más estrictamente jurídico, inmediatamente debe notarse que no acaban ahí las dificultades de cara a una hipotética unificación, pues la coexistencia en el mundo de sistemas dispares como el

européico continental o de derecho codificado con los de derecho de creación básicamente judicial tiene que ser analizada desde la perspectiva de los intereses que se entrecruzan en el tráfico de las empresas y los negocios, lo que puede expresarse también desde la perspectiva de la tensión entre el análisis económico del derecho y los argumentos que justificarían una unificación de los Derechos privados nacionales. Tensión que, al no poder eludir la incidencia de los antes referidos costes externos de transacción, tiende a incluir la búsqueda de la llamada “eficiencia de la diversidad”<sup>11</sup>.

Conviene en este punto notar que ordinariamente los sujetos pueden acceder a su Ley nacional a un coste mucho más reducido que el que implica conocer las leyes de uno o varios países extranjeros pues se estima que, por lo general, un individuo está en condiciones favorables para acceder fácilmente a las leyes de su país. A este planteamiento responde en parte, como después veremos, la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea de 2011.

Antes considero conveniente, aunque sea con brevedad, hacer las referencias que siguen sobre el papel del Derecho Internacional Privado y la perspectiva procesal de la unificación, a fin de situar los problemas en un marco adecuado para su mejor entendimiento, habida cuenta que la mayor parte de las dificultades que se pretenden solucionar con el recurso a la llamada armonización entre ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la UE en rigor no son nuevas. Algunos de estos problemas han recibido precisamente desde el ámbito comunitario un especial impulso, cuyo ejemplo más emblemático sin duda es el relacionado con la protección de los ciudadanos en su condición de consumidores de bienes o usuarios de servicios. Sin embargo los problemas de las interrelaciones comerciales, por resumirlos de algún modo, son tan antiguos como el propio intercambio internacional de mercaderías, y desde luego, con mayor o menor eficacia

---

11 En Economía se entiende por eficiencia la relación entre los resultados obtenidos (rendimientos, ganancias, producción) y los recursos invertidos, tanto humanos como financieros. La “eficiencia de la diversidad” es asimismo el uso racional de los medios con que se cuenta para alcanzar un objetivo mediante la optimización del tiempo y recursos disponibles en un escenario diversificado y por tanto, en principio, menos favorable, en el que sin embargo se aprovechan sinergias y economías de escala para compensar el necesario uso de distintos componentes de los costos de transacción, entre ellos diversidad tributaria, de regulación jurídica, etc. V. DOWDY/ DORGAN/ RIPPIN / VAN REENEN/ BLOOM, (2005) “Management matters” *McKinsey Quarterly*.

los problemas de ese tráfico han venido siendo abordados con un elenco de soluciones elaboradas desde la técnica jurídica iusprivatista y comúnmente aceptadas, lo que nos hace preguntarnos como encajan con las actuales tendencias uniformadoras a las que asistimos en la UE.

El objetivo de la unificación del Derecho contractual en Europa es probablemente tan antiguo, si no más, que las aspiraciones a la creación de una unidad comercial y económica que no comenzaría a cristalizar hasta el Tratado de Roma de 1957. El afán por superar la diversidad legislativa se ha canalizado desde sus inicios tanto por la vía de la unificación de las normas de conflicto como por la más premiosa del recurso a los mecanismos de unificación del Derecho material. Tempranamente cabe destacar, en el último tercio del s. XIX, el Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883, sobre protección de nombres comerciales, así como otros acuerdos, convenios o reglas uniformes en materias propias del Derecho Mercantil y del Derecho Marítimo. La necesidad de una armonización normativa del derecho privado ha sido creciente y constante desde entonces aunque en el periodo entre guerras solo destaquen los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 en materia cambiaria, y los avances en la armonización de normas sobre transporte marítimo<sup>12</sup>. La creación de la Organización de Naciones Unidas tras la segunda guerra mundial permitió un renovado impulso a la unificación del Derecho privado, a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL / CNUDMI), aunque los resultados demuestran que su actividad se ha centrado preferentemente al ámbito del Derecho Marítimo. Un paso adelante lo representa sin duda la Convención sobre venta internacional de mercancías<sup>13</sup>

El proceso se impulsa con la aprobación de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG)<sup>14</sup>, tras la que se aborda la realización de dos proyectos privados de

---

12 Convenios de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques y sobre transporte en régimen de conocimiento) y aéreo (Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 sobre reglas del transporte aéreo, Convenio de Roma de 29 de mayo de 1933 sobre embargo preventivo de aeronaves y Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil.

13 OVIEDO ALBÁN, JORGE, (2012) "The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods" *E- Revistas Universidad Carlos III CDT*, v.4º, nº 1, 151-164 PDF [<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/321>]

14 *Convención de Viena* de 11/04/1980, a la que España se adhirió por Convenio de 18/05/1992



particular relevancia para el Derecho de obligaciones y contratos en Europa como son los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborados en Roma por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>15</sup> y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), preparado en el seno de la Unión Europea (UE) por la llamada “Comisión Lando”<sup>16</sup>. Ambos se publican en 1995 y seguramente, de acuerdo con la autorizada opinión de LARROUMET, constituyen en esa fase, junto con el Proyecto de Pavía de un “Código europeo de contratos”, liderado por el Profesor GANDOLFI<sup>17</sup> la más importante

---

(Instrumento de ratificación de 7/05/1993).

15 UNIDROIT (*“Institut International pour l’Unification du Droit Privé”*) se fundó en 1926 a instancias de la Sociedad de Naciones con el objetivo de auspiciar la unificación del Derecho privado. Con sede en Roma cuenta con 56 Estados miembros. En 1971 UNIDROIT abordó un proyecto de largo alcance originariamente llamado *“Progressive Codification Of International Trade Law”* y más tarde rebautizado con la denominación de *“Principios para los Contratos Comerciales Internacionales”*. Los estudios preliminares fueron encargados a los Profesores David, Schmitthoff y Popescu, como representantes, respectivamente, de la tradición jurídica romanística, del derecho de *Common Law* y de los países socialistas. Una primera versión preparada por los tres profesores se sometió al examen de diversas instituciones y desde 1980 un grupo de trabajo comenzó a elaborar por ponencias los diferentes capítulos. El Consejo de Dirección de UNIDROIT remitió el proyecto a más de cien colaboradores y, con el resultado de sus observaciones, publicó a finales de 1994 las versiones inglesa y francesa de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Los principios UNIDROIT se componen de un texto articulado, con siete capítulos referidos a disposiciones generales, la formación del contrato, validez, contenido, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, seguidos de un comentario a cada precepto. Es nota diferencial de los principios UNIDROIT su vocación universal, ya que a sus grupos de trabajo se incorporaron no solo juristas europeos sino también americanos, japoneses, australianos, etc. *Vide* LETE ACHIRICA, Javier, (1996) “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales” *Actualidad Civil*, 127 ss. ALVARADO HERRERA, Lucía (coord.) *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1998.

16 Casi simultáneamente la Comisión Europea de Derecho de Contratos había iniciado un proyecto similar muñado por el danés Ole Lando desde el *European University Institute* (Comisión Lando) con el fin de redactar el texto de un Código Comercial Uniforme Europeo, que resultó en buena parte materialmente convergente con los Principios de UNIDROIT, seguramente por la coincidencia en ambos foros de muchos de los autores que participaron en ambos proyectos bien como representantes de los Estados, bien por haber sido invitados en función de su prestigio personal. *Vide* LANDO, Ole/ BEALE, Hugh (edit.) *Principles of European Contract Law* (parts I and II). Kluwer Law Int. 2000. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, *Principios de derecho contractual europeo: (los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)* Colegios Notariales de España, Madrid, 2003-2007. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (2009) “Los principios Lando” en Boch Capdevilla, (dir.) *Derecho contractual europeo*, ed. Bosch, Barcelona.

17 GANDOLFI, Giuseppe, “ Il progetto “pavese” di un codice europeo dei contratti”, *Rivista di diritto civile*, Vol. 47, Nº 4, 2001, 455; GARCIA CANTERO, Gabriel (2003) “El Anteproyecto de Código europeo de contratos- Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía” en Cámara Lapuente (coord.) *Derecho privado europeo*, 205-216. El propio GANDOLFI había propuesto que el futuro Código europeo de contratos tome como referencia central el T. IV del *Codice civile* italiano, por su modernidad, por su carácter unitario al haber unificado la disciplina de los contratos civiles y mercantiles y por representar un punto de equilibrio entre los distintos sistemas europeos. “L’attualità del quarto libro del Codice civile nella prospettiva d’una codificazione europea” *Rivista Diritto civile*, 1993, 415 ss.

aportación científica al proceso de unificación material del derecho contractual europeo<sup>18</sup>, en la antesala del Proyecto del llamado Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, como se conoce a los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* elaborados por el *Acquis Group* a los que después nos referiremos. También hay que considerar la muy interesante aportación, publicada en 2008, de la Asociación Henry Capitant<sup>19</sup> el Informe del *European Union Committee of the House of Lords*<sup>20</sup> y sobre todo el estudio editado por el *Aquis Group*<sup>21</sup> En España, son varias las aportaciones exegéticas tanto de conjunto<sup>22</sup> como individuales<sup>23</sup>, en general centradas en tratar de precisar la compatibilidad de la nueva regulación con el derecho español.

Tanto los Principios UNIDROIT como los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y después el DCFR han tomado esa consideración de *soft law* además de por razón de su valor intrínseco por la propia finalidad de sus objetivos, basada en el acuerdo entre sus autores representantes de sistemas jurídicos que puntualmente encierran importantes diferencias entre sí<sup>24</sup>

---

18 LARROUMET, Christian, "La unificación del derecho de las obligaciones en Europa", *Revista de Derecho Privado*, enero-agosto 2006, 69 ss. Sobre la opción del proyecto de Pavía por el grupo de trabajo para la unificación en Sudamérica v. noticia en DIAZ ALABART (2012), "La armonización del derecho de contratos en la UE y en el continente sudamericano" *Revista de Derecho Privado*, (RDP), 6, agosto 2012, 115.

19 Association Henry Capitant des Amis de la culture française (2008) *Droit Européen des contrats. Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*. Société de Législation Comparée, Paris.

20 The European Union Committee of the House of Lords (2009) *European Contract Law: The Draft Common Frame of Reference. Report with Evidence* London: The Stationery Office Limited.

21 ACQUIS GROUP (2009) *Draft Common Frame Reference*. Full edition. Definitions and Model Rules of European Private Law Edited by Study Group on a European Civil Code/ Research Group on EC PrivateLaw.

22 VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Barcelona, 2011. VAQUER ALOY/ BOCH CAPDEVILLA /SANCHEZ GONZALEZ, *Derecho Europeo de Contratos «Libros II y IV del Marco Común de Referencia»*, Atelier, Barcelona, 2012.

23 MORALES MORENO, Antonio- Manuel, "Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos" *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, 455-476. CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Estudio sobre la compatibilidad de las normas que regulan la garantía personal independiente en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) con el Código Civil español". *RDP*, marzo- abril 2011, 29 ss

24 Como botón de muestra recuérdese la distancia entre el sistema alemán de transmisión y adquisición de derechos reales, el francés, meramente consensual, y el español, apegado a la teoría del título y el modo de adquirir. O el distinto papel al menos formalmente asignado a la causa como requisito del contrato, lo que por otra parte viene a confirmar la relatividad de la afirmación de la existencia de un Derecho europeo continental o codificado *puro* contrapuesto al *common law*.

En este punto me parece que conviene reflexionar sobre una cuestión, ya antes apuntada, que el propio profesor de Paris ha señalado hace unos años, y es si la unificación del derecho contractual europeo constituye un fin en sí misma o, por el contrario, es simplemente la consecuencia de una necesidad, o mejor una conveniencia, del tráfico mercantil transfronterizo, sin más. O lo que es igual, que no existe un motivo cultural.

Y es que, en efecto, a poco que se contemple la evolución hacia un derecho unificado, se advierte que los más importantes logros hasta ahora han venido guiados por la necesidad de articular un sistema común de protección de los ciudadanos considerados como consumidores o usuarios que por cualquier otro motivo. Es en este campo donde la UE ha podido avanzar más decididamente, fijando un conjunto de normas destinadas a la defensa de los intereses de los consumidores en sus conflictos con las empresas, los profesionales del comercio y los proveedores de servicios, que por ahora culmina con la promulgación de la Directiva 2011/83/EU sobre derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011<sup>25</sup>.

En este horizonte, por una parte, se ha tratado de reforzar la seguridad jurídica armonizando las normas aplicables a ciertas transacciones específicas, como el comercio electrónico o determinados tipos de contratos, por ejemplo, las bien conocidas normas en materia de multipropiedad<sup>26</sup> así como las reglas aplicables a sectores específicos, como el transporte o los servicios financieros. En particular son fácilmente perceptibles las prohibiciones de prácticas desleales en el tráfico comercial y empresarial, las políticas de favor, mediante su simplificación, hacia la resolución amistosa de conflictos y de litigios de escasa cuantía, y la armonización del procedimiento de las acciones de cesación de las infracciones en interés de los consumidores. Ha sido también importante para estos objetivos la creación de una red europea de información entre autoridades nacionales, para tratar de garantizar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria de consumo.

---

25 Diario Oficial de la Unión Europea 22.11.2011 L 304/64

26 cfr. Directiva 2008/122/CE sobre protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio que ha derogado a la vieja Directiva 94/47/CE. Transposición: RDL 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (BOE 17/03/2012).

Pero, volviendo al hilo de nuestra reflexión, conviene recordar que, como es bien conocido, la cultura jurídica europea está en buena medida ligada a razones políticas que a su vez tienen que ver, y no poco, con la eclosión de los nacionalismos y los avatares de la Codificación decimonónica. Fueron paradigmáticos en este sentido los ejemplos de Italia y Alemania, pero sin duda aún más el de otros países como Suiza donde la coexistencia de tres culturas, tres lenguas y una estructura política confederal, no impide la existencia de un fuerte sentimiento unitario, que excluye el peligro de una “balcanización” de difícil entendimiento en estos tiempos. Y es que todos estos factores, que en España sin ir más lejos a menudo han actuado como disgregantes, resultan allí sin embargo tamizados por una acentuada sensibilidad nacional, que aglutina y justifica la unidad legislativa como testimonio de la misma. Fenómeno éste de la diversidad legislativa que en naciones con unidades políticas de mayor dimensión, como en EEUU, se muestra como característica que no impide, igualmente, el arraigo de una fuerte conciencia nacional. Puede concluirse, pues, que cuando se habla de unificación estamos considerando toda una serie de razones o criterios que son básicamente políticos.

Precisamente ese parece ser el punto en el que nos encontramos en estos agitados tiempos, con el agravante de que la propia UE no pasa por su mejor momento para predicar proyectos unificadores en un terreno en que hay que moverse siempre con prudencia, so pena de dejar demasiadas susceptibilidades nacionales heridas por el camino. Tal vez por ello – prescindiendo ahora del detalle de antecedentes cuya consulta es fácilmente accesible- acaso convenga tomar como punto de partida del actual estado de la cuestión el llamado *libro verde* publicado por la Comisión Europea sobre “opciones para un derecho contractual europeo de los consumidores y la empresa” de 1º de julio de 2010 (COM/2010/348).

El documento citado persigue, como fin último, no una razón de naturaleza conformadora de una cultura jurídica europea común – cuyo ancestro habría que buscar en ese recurso, a menudo un tanto metafórico, del Derecho intermedio cristalizado como *ius commune* a partir de los ingredientes romano- canónicos, pero luego ninguneado por los derechos nacionales o de formulación nacionalista, más tarde volcados a la codificación, sino una solución más pragmática que, bajo el presupuesto de no violentar los sistemas vigentes en cada uno de los estados miembros - a lo

que abocaría la promulgación de un Reglamento y acaso aún con mayores dificultades una Directiva que habría que transponer - sin embargo logre persuadir de que es precisamente ese el derecho contractual más, por así decirlo, “estandarizado”, configurándolo a modo de *toolbox* y ofreciéndolo como un instrumento opcional al que las partes, si quieren, puedan acogerse en la seguridad de que allí encontrarán una solución equitativa y de general aceptación a sus controversias.

Para ello el Libro Verde trató de superar algunas disfunciones producidas por razón de la diversificación entre el derecho contractual y el derecho del consumo, propiciando la reunión de ambos en un instrumento único dotado, por lo que a los consumidores se refiere, de fuerza imperativa. Sin embargo esta configuración estratégica no hace olvidar que en el fondo late un debate acerca del alcance y posibilidades, a partir del *Draft Common Frame of Reference*, de llegar a un verdadero texto unificador más allá de la simple recomendación, posibilidad sobre la que han recaído serios interrogantes<sup>27</sup>, aunque no cabe duda que, dentro de sus limitaciones, el más importante paso en la buena dirección lo ha supuesto el posterior Proyecto de Reglamento sobre un derecho común de compraventa de 11/19/2011 cuyo antecedente inmediato se encuentra en el encargo de la Comisión Europea (Decisión 1/07/2010) a un grupo de expertos (entre ellos nuestro compañero Fernando Gómez Pomar) para la revisión sobre el DCFR de la viabilidad de un futuro código europeo de contratos<sup>28</sup>.

#### 4. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA CODIFICACIÓN EUROPEA

La propuesta de la Comisión Lando sobre los Principios de Derecho Contractual Europeo suscitó en su momento una confrontación de opiniones y pareceres acerca de la conveniencia y los peligros de una

---

27 V. GOMEZ POMAR, Fernando (2010) “El debate europeo sobre el Derecho contractual y los mercados jurídicos” *InDret* 4/2010 ([http://www.indret.com/pdf/ed\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/ed_es.pdf)). MACANÁS, Gabriel, “Posibilidad y naturaleza de un código contractual europeo”, *RDP*, 2010, 6, 63 ss

28 *Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law*. A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback. ([ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf))

sistematización del Derecho de Contratos en Europa, vinculado funcionalmente al espacio territorial de la UE. Si bien es cierto que como ha sido frecuentemente destacado existe un acusado paralelismo entre dichos Principios y lo Principios UNIDROIT, por razón de su gestación material con amplia coincidencia de personas en ambos, sin embargo si que existe una importante diferencia funcional. Tal diferencia surge del hecho de que los principios UNIDROIT poseen una vocación universalista, que ha facilitado que hayan sido habitualmente tomados como referencia por los operadores jurídicos en el tráfico mercantil internacional y muy especialmente en el campo del arbitraje<sup>29</sup>, proporcionando un espacio de certeza suficiente como para generar confianza en las Cortes o Tribunales que los aplican. Por el contrario, los Principios de la Comisión Lando, al estar vinculados al espacio territorial de la UE, ya desde su aparición suscitaron no pocas dudas e incertidumbres acerca de su función como instrumento de unificación interna del Derecho contractual de los estados de la Unión. Ello desde luego no tanto en su aspecto de Derecho del Consumo o ámbito material unificado de defensa de los ciudadanos europeos en su condición de consumidores o usuarios, que nadie discute y que se ha cumplido bien o al menos aceptablemente, sino sobre todo desde la óptica de la conveniencia de la codificación del Derecho de la contratación mercantil que, desde una perspectiva global, no dejaría de ser una nueva codificación simplemente regional y por tanto de dudosa eficacia en aquellos sectores que en la práctica están, como no podría ser de otra manera, internacionalizados.

Dicho de otro modo: *ratione materiae*, la reglamentación del sector de la contratación mercantil internacional debe evitar una multiplicidad de opciones poco deseable en un ámbito tan globalizado que lo que exige son respuestas de alcance universal y no soluciones regionalistas. Se ha dicho de modo expresivo que en el ámbito de la contratación internacional, la codificación europea presenta los tintes de un planteamiento localista, y no precisamente cosmopolita y que su adopción provoca una “regionalización” poco aconsejable, que acaba “cantonalizando” el Derecho contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización

---

29 Sobre el tema, MARTIN SANTISTEBAN, Sonia “La aplicación de los Principios UNIDROIT y los PDCE como *Lex contractus* en la práctica judicial y arbitral” en BLASCO *et alii* (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011, II, 1487 ss

internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan relevantes o más que las propiamente intracomunitarias<sup>30</sup>. En un paso más se ha dicho asimismo que la universalización del derecho es una falacia y que los juristas siempre han de tomar partido por alguno de los sistemas que coexisten en el mundo, llegándose a calificar peyorativamente al derecho de Bruselas como una obra de burócratas.<sup>31</sup>

Una segunda línea argumental contraria a la unificación es la que suele apoyarse en la distinta concepción de los llamados sistemas de Derecho continental o codificado y del sistema angloamericano del *common law*. Mas siendo esto sin duda cierto en su planteamiento básico, no lo es menos que las soluciones en el terreno práctico a las que llegan los operadores jurídicos en ambos sistemas no difieren en gran medida, aunque el método empleado para ello sea diverso<sup>32</sup>.

Si existe hoy una diferencia destacada entre en el funcionamiento básico de los Derechos de Inglaterra y Gales y el norteamericano acaso haya que buscarla en la vinculación al precedente, de mayor rigidez en general en los países de la Commonwealth que en EEUU donde se concede más importancia a la orientación constante de la jurisprudencia, y donde el método del *case law* está más sistematizado en colecciones de precedentes vinculantes (*binding precedent*) por materias. Sin embargo no siempre se destaca suficientemente que junto al sistema jurisprudencial (*common law* en UK o *case law* en USA) en los sistemas anglosajones coexisten como fuente del derecho la ley y la costumbre<sup>33</sup>.

---

30 SANCHEZ LORENZO, (2003) cit., 377-380 *passim* y allí citados

31 LEGRAND, Pierre (2001) "L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité)" «L'américanisation du droit» *Archives de philosophie du droit*, Nº. 45 págs. 37-41

32 El sistema del *common law* o *case law*, basado en la creación judicial del Derecho (*judge made law*) supone la vinculación a los precedentes jurisprudenciales (*case law*) en virtud de la doctrina del *stare decisis*. Sin embargo, como es sabido, esta regla no es tan absoluta que impida al juez separarse del precedente, si llega a la convicción de que, a pesar de la apariencia de similitud, en realidad el caso es distinto al del precedente, o si considera que ha cambiado la realidad económica o social como para que un precedente pueda ser *distinguished* y el juez pueda evitarlo justificadamente. En la práctica el sistema es muy complejo, porque la autoridad del precedente está en función de la organización jerárquica de los tribunales, que es además distinta de unos países a otros, pero con la particularidad respecto del *common law* de que al ser un sistema único, las decisiones superiores potencialmente serían susceptibles de ser invocadas y aplicadas en otros países

33 La ley se denomina indistintamente (con matices) como *Act (of Parliament, en GB / of Congress, en EEUU), Statute o Law*. Hay también una legislación delegada estatal, municipal y regional (*Rules,*

En los últimos años frente al panorama de Derechos codificados, de formulación abstracta de la norma, propio de los países continentales europeos (de *civil law*, según la terminología inglesa), hispanoamericanos y últimamente islámicos, se ha señalado una suerte de aproximación entre ambos grandes sistemas, el codificado, propio de los países continentales europeos o legislativo (*statute law*) y el jurisprudencial (*case law* o *common law*) por cuanto en los países continentales el papel que se reconoce a la jurisprudencia es cada vez más relevante, mientras que tanto en Reino Unido como en USA avanza la sistematización orgánica de precedentes: *Sale of Goods Act* (UK), *Restatement of contract* (USA) son un buen ejemplo de ello.<sup>34</sup> En España un reflejo de la aproximación de los sistemas, además del propio papel, importantísimo, de la Jurisprudencia, sobre el que no es necesario insistir en este foro, acaso se encuentra en la necesidad de motivación de los cambios de criterio jurisprudencial que, tras la consagración constitucional de los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, es exigida por el Tribunal Constitucional que tempranamente se pronunció en el sentido de que un órgano judicial sólo puede apartarse de los criterios seguidos con anterioridad por él mismo en casos similares cuando ofrezca para ello una motivación suficiente y razonada<sup>35</sup>.

Por último, conviene notar que también desde el propio ámbito anglosajón se defiende la necesidad de elaborar un Código civil europeo unificado, lo que muy recientemente se ha justificado por el creciente escenario económico sin fronteras, “donde el Derecho privado tiene que lidiar con los flujos de bienes y de personas en un contexto de creciente interculturalidad”, según la opinión del profesor de derecho inglés en la *London*

---

*Orders*, etc.). La costumbre (*custom*) es la más antigua fuente y ofrece unos perfiles de cierta excepcionalidad. Solo así se explica que en UK su amplio derecho constitucional se articule en torno a convenciones que en su conjunto forman una verdadera Constitución no escrita. *Vide* GARCIA MORENO, Alejo, (1911) *Resumen o Compilación General del Derecho Inglés*, Imp. Juan Pueyo, Madrid. DURO MORENO, Miguel, (2005) *Introducción al Derecho Inglés*, Edisofer, Madrid

34 A pesar de lo cual el Derecho de producción legislativa en sentido estricto (*statutory law*) sigue siendo considerado excepcional y de interpretación restrictiva entre los juristas angloamericanos. *Vide* MORINEAU, Marta, (2012) *Una introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. DAVID, René/ JAUFFRET-SPINOSI, Camille, (1992) *Les grandes Systèmes de Droit contemporains*, 10ª ed., Dalloz, Paris. Es altamente clarificador el estudio sobre el tema de NIETO GARCIA, Alejandro, (1989) “El precedente judicial”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, 1989, 613 ss

35 SSTC 30. 3. 1981, 14. 7. 1982, 24. 3. 1988, 15. 1. 1990



*School of Economics*, Hugh COLLINS, quien defiende asimismo la necesidad de elaborar un manual de Derecho Privado europeo que regulase las relaciones comerciales entre los distintos países de la UE con el fin de fortalecer el mercado único. Collins toma como referencia Estados Unidos y plantea establecer como base un sentimiento de identidad europeo en múltiples niveles, creando una Europa federal, tanto a nivel social, como político y económico<sup>36</sup>. Sin embargo esta visión no es en absoluto pacífica ni seguramente mayoritaria.

El proyecto de una Europa unida en una Comunidad de naciones libres, con unos ciudadanos de primera, con unas prestaciones sociales, especialmente en sanidad y educación, sin parangón en el mundo, buenas infraestructuras, etc. es sin duda un modelo quizás calladamente envidiado, pero también el rival a batir en la confrontación por el liderazgo del mundo. Y es en el flanco económico y financiero de la UE donde, tras la crisis global desencadenada por las hipotecas *sub prime* en EEUU, se han hecho más aparentes las carencias con el resultado a que nos hemos visto abocados desde hace ya cinco años. Ese desequilibrio financiero global que provoca la situación de insolvencia de los países periféricos europeos, entre los que lamentablemente figuramos a la cabeza, determina que los intentos de robustecer el papel de la UE también en otros ámbitos, especialmente los jurídicos, mediante la creación de espacios fuertes susceptibles de ampliar su influencia a ámbitos extra europeos (la unión fiscal y monetaria a partir de Maastrich) no es algo que se vea con agrado desde economías tradicionalmente fuertes y dominantes de concretos sectores de la producción y el comercio mundiales. Ello unido a que la actitud poco constructiva de determinadas instituciones europeas (BCE, por ej.) o países líderes que habitualmente imponen su criterio en las instituciones (Alemania) hace dudar a veces de la coherencia de los planteamientos institucionales. Pero en cualquier caso, mientras que las decisiones jurídicas en ciertos campos son vistas con indiferencia desde fuera – protección de los consumidores, espacio judicial europeo para la cooperación penal - o incluso aplaudidas (marcas, propiedad industrial) hay otras ante las que les resulta más difícil permanecer indiferentes y provoca reacciones un tanto airadas. Así, una norma como la propuesta sobre compraventa es vista con recelo desde

---

36 La Ley, nº 7191/2012 /25 julio

otros observatorios por distintas razones, fundamentalmente económicas, que no procede examinar aquí, pero por su más que probable repercusión fuera del ámbito europeo se llega a cuestionar la propia competencia de la UE para abordarla<sup>37</sup>.

## 5. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La referencia que sigue responde a la conveniencia de llamar la atención en este foro sobre la realidad de distintos criterios acerca de la propia función reservada a la técnica del Derecho Internacional Privado (DIPr) en la solución de conflictos en el tráfico jurídico internacional que al mismo tiempo trata de ser abordada desde la perspectiva de la unificación jurídica sustantiva. Cuestión que sin duda puede tener gran repercusión práctica y que nos conduce, sin mayores pretensiones que dar sucinta noticia de la cuestión, a preguntarnos, a la vista de lo antes expuesto, si es que acaso no cabe encontrar en el DIPr, por utilizar una terminología que ha hecho fortuna, un marco jurídico de referencia donde solventar este tipo de trabas e inconvenientes a través de criterios eficientes para la solución de los problemas más frecuentemente planteados en este terreno. Puede sorprender sin embargo advertir que la respuesta suele ser negativa, o al menos parcialmente negativa, precisamente porque la técnica del DIPr no puede eludir la repercusión de los antes citados “costes de transacción”. Aunque no se trata de analizar aquí, ni mucho menos tomar partido, por cualquiera de las opciones, sí debemos compartir que probablemente tienen razón quienes como el profesor danés Ole LANDO sostienen que el DIPr genera el problema –y el coste – que supone la aplicación procesal del Derecho extranjero, lo que acaba perjudicando a una de las partes en el proceso además de propiciar tendencias legefóricas que no siempre garantizan la seguridad jurídica ni la justicia<sup>38</sup>.

---

37 Vid. la ácida crítica de POSNER, Eric A., *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition* (May 1, 2012). University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 597. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2049594> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2049594>

38 LANDO, Ole, (1993) “European Contract Law”, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 119-120

En este punto conviene constatar con Sixto SANCHEZ LORENZO<sup>39</sup> que el propio Derecho comunitario excluye al DIPr como instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado y que, por lo tanto, “la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales”<sup>40</sup>. En general se considera que la unificación del Derecho Internacional Privado europeo como elemento sustitutivo o alternativa a la armonización de los Derechos materiales no es un criterio aceptable que permita excluir la más deseable creación de un Derecho Privado Europeo de carácter sustantivo o material, en buena parte debido a los riesgos que para los usuarios del Derecho se siguen del carácter asistemático de la combinación de directivas y del DIPr<sup>41</sup>.

Frente a ello cabe compartir que el Derecho Internacional Privado respeta el pluralismo jurídico y cultural y facilita el buen funcionamiento del mercado interior<sup>42</sup>, al tiempo que algunos autores enfatizan las consecuencias negativas que el Derecho uniforme tiene para el DIPr, afirmando que la generalización de un Derecho uniforme resulta “incompatible” e “incompleta” respecto al carácter del mismo<sup>43</sup>. En última instancia puede decirse que la misión del DIPr consiste en localizar y, posteriormente, hacer aplicable la Ley estatal designada conforme a lo dispuesto en la norma de conflicto de leyes<sup>44</sup>.

---

39 SANCHEZ LORENZO, Sixto, (2003) “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho Internacional Privado” *Derecho Patrimonial europeo*, cap. XVIII, Thomson- Aranzadi, Ello no significa sin embargo minusvalorar el papel del DIPr. El propio autor citado añade que debe destacarse su gran valor instrumental a la hora de elaborar el Derecho contractual común, al tiempo que hay que recordar que el DIPr en cuanto Derecho positivo, es el sector del ordenamiento pionero en la unificación jurídica europea. Actualmente, y no sólo en el ámbito patrimonial, bastante más de la mitad del Derecho Internacional Privado de los Estados miembros de la Unión Europea es común, y reposa en textos institucionales y convencionales idénticos

40 Así, la exposición de motivos de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 6 de noviembre de 2001, contiene una afirmación de este tenor literal.

41 Sobre el tema *vide* SANCHEZ LORENZO, *loc. cit.* y bibliografía recogida en notas 8 y 9.

42 CÁMARA LAPUENTE, Sixto, (2003) “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex,

43 FERNANDEZ ROZAS, J. C., (1999) “Los procesos de unificación internacional de Derecho Privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados” en *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 17ss

44 CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ (2009-2010), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed. Comares, Granada, 49-56, esp. p. 50.

Ante este tipo de consideraciones cabe preguntarse si el DIPr no estará llamado a desempeñar en el ámbito de la contratación un papel similar- salvando las distancias, naturalmente- al que en tiempos recientes viene a alcanzar en el ámbito del derecho de la persona y de la familia, donde el multiculturalismo - que cada vez se asienta con más fuerza en Europa- está conduciendo a ciertas técnicas de aplicación de los Derechos extranjeros y del mismo DIPr basadas en *soluciones no radicales* (aplicación o no-aplicación de una Ley extranjera), en el sector del Derecho aplicable, como el llamado «DIPr en dos escalones», aplicación de normas imperativas de terceros países sólo si comparten ciertos *valores* aceptados por la generalidad de los Estados, DIPr como *Soft Law*, toma en consideración de normas de DIPr no positivas en el sistema de DIPr del Foro a título de *ratio scripta*, o el redescubrimiento del llamado «método del reconocimiento de situaciones jurídicas» ya creadas, legalmente, en otros países<sup>45</sup> .

A modo de conclusión, y de acuerdo con una opinión que parece mayoritaria entre los internacionalistas, el DIPr no debe ser una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo para preparar una armonización suave y progresiva. En otras palabras: sin duda una unificación del Derecho Internacional Privado europeo es más factible en estos momentos que cualquier otro intento de armonización, pues ésta ya existe en los materiales y las técnicas utilizadas por los internacionalistas en los distintos países comunitarios. Ello no debe excluir, sin embargo, la posibilidad de una unificación material, seguramente más laboriosa y difícil, sobre todo en determinados sectores, pero que, de lograrse, constituiría, por sí sola, el gran triunfo del ideario europeísta que inspiró el pensamiento de quienes como Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer o Jean Monnet, partiendo del firme convencimiento de las limitaciones de los Estados nacionales tradicionales, se esforzaron en la estrategia de comenzar por la integración económica de Europa, en la búsqueda de una solidaridad material que contrarrestara los particularismos nacionales y fuera la base para una futura unión política.

Si eso significara un retorno a la idea de un *ius commune* asentado en la *auctoritas* de un nuevo *corpus iuris* que, al cabo, fue lo que permitió

---

45 CALVO CARAVACA (2012) "El «Derecho internacional privado multicultural» y el *revival* de la ley personal" *LA LEY* 4988/2012.

el renacimiento jurídico medieval, sin duda estaremos en presencia de una magna empresa. Sin embargo quizás no resulte del todo comparable aquel grandioso proceso histórico iniciado en la Italia del s. XII con la situación actual, de intereses económicos enfrentados y por tanto determinantes, asimismo, de criterios políticos contrapuestos. Y todo ello, además, sobre ordenamientos jurídicos nacionales bien definidos desde la codificación.

## 6. LA PERSPECTIVA PROCESAL

La cuestión a que nos referimos ofrece además un interés práctico evidente desde el punto de vista procesal habida cuenta que, en última instancia, los operadores en el tráfico han de plantear sus estrategias contando siempre con este importante componente. La diferencia de litigar ante uno u otro órgano jurisdiccional, y aún más, el hacerlo en uno o en otro país ha sido, y es, un motivo de inquietud, cuya repercusión ha de ser cuidadosamente valorada ya que genera los escrúpulos que cabe esperar a la hora de afrontar la toma de decisiones.

Los principales inconvenientes de plantear los litigios ante los tribunales de unos u otros países pueden ser consecuencia de diferencias conceptuales, pero también meramente adjetivas. De ahí el propósito perseguido por la creación, hace ya más de cuarenta años<sup>46</sup>, del que se dio en denominar “espacio judicial europeo”, importante proyecto que sin embargo no parece haber alcanzado plenamente su principal objetivo de eliminar las diferencias esenciales que puedan derivar del hecho de plantear los litigios Tribunales de uno u otro país. Así, por ejemplo el criterio del domicilio del demandado que resulta básico para el régimen de los derechos que contiene y el propio ámbito de aplicación de las normas choca con el inconveniente de la imposibilidad de convenir un concepto común de “domicilio”, tanto en las personas físicas como en las personas jurídicas. Ello condujo al legislador comunitario (art. 52 del antes citado Convenio de Bruselas de 27/9/ 1968, a confiar a los jueces internos la tarea de precisar el alcance de este concepto, de conformidad con su propio Derecho civil (personas físicas) o Derecho internacional privado (per-

---

46 Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968

sonas jurídicas)<sup>47</sup>. Sin embargo, resulta también llamativo, como asimismo ha sido destacado, que el mismo Convenio haya sido incapaz de suministrar un concepto tan básico como el de lugar de ejecución de las obligaciones contractuales, por lo que el Tribunal de Justicia CE mantiene la necesidad de que dicho concepto, tan distinto según los sistemas de presunciones de los Estados miembros, sea fijado por el Derecho nacional a quien corresponda regir el contrato.<sup>48</sup>

Debe notarse, sin embargo, que a partir del llamado Programa de Estocolmo<sup>49</sup> la UE dispone de un proyecto que fija sus objetivos prioritarios en los **espacios de libertad, seguridad y justicia** para el periodo 2010 - 2014. En realidad se trata de una continuación de programas anteriores (Tampere y La Haya) que pretende nuevos logros en estos espacios de acuerdo con las necesidades reales de los ciudadanos.

También aquí puede concluirse que la pluralidad jurídica estatal como mecanismo de competitividad entre ordenamientos y de mayor eficiencia jurídica determina que el DIPr uniforme asuma la función de una suerte de correctivo de la “eficiencia de la diversidad” del Derecho privado en Europa, mediante la simple introducción de la autonomía conflictual en el ámbito de los contratos. Se trata de garantizar un funcionamiento del sistema que permita a las partes elegir el que consideren más eficiente reduciendo los costes de información y optimizando los objetivos de la diversidad y competencia entre ordenamientos con el fin de evitar el *forum shopping*,<sup>50</sup> según la elocuente terminología empleada en DIPr al referirse a las estrategias para la elección del órgano jurisdiccional más adecuado a los intereses de una parte del conflicto.

---

47 SANCHEZ LORENZO (2003), 368.

48 Cfr. artículo 60 del Reglamento 44/2001, del Consejo. El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 ya incluyó entre sus objetivos la convergencia en el ámbito del Derecho Civil, a partir del criterio de la libre circulación de las personas y del derecho a una tutela judicial efectiva. V. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil antes y después del Tratado de Amsterdam” *Revista General de Derecho* n° 644, 1998, 5857 ss

49 cfr. Diario Oficial n° C 115 de 4/5/2010.

50 La parte que decide ejercitar una acción judicial ha de evaluar previamente y a menudo como elemento muy importante de su estrategia procesal, la elección del foro que más le convenga en función de la ley que aplicará el tribunal que resulte finalmente competente según las normas sobre conflictos de leyes; y ello muchas veces aún cuando, objetivamente, ese órgano no sea el foro más adecuado al conflicto de que se trate.

Como es sabido, las situaciones denominadas de *forum shopping* o *foro de conveniencia* se caracterizan porque las partes eligen presentar la demanda ante un determinado juez en la creencia de que la aplicación de la norma de conflicto que corresponda conducirá a una resolución favorable a sus intereses. Hay que notar que estas situaciones se han visto muy reducidas en la Unión Europea al haber sido adoptadas *reglas uniformes* para la determinación de la ley aplicable al contrato. Así, desde la promulgación del Reglamento 593/2008/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “ROMA I”, ha quedado asegurado que los jueces de los Estados miembros aplicarán las mismas reglas de conflicto.<sup>51</sup>

La designación del órgano que haya de conocer un litigio internacional - por razón de la diferente nacionalidad, por residir en países distintos, etc.- es cuestión que entra en el ámbito de las reglas de competencia internacional dirigidas a determinar la aptitud de un concreto tribunal para conocer de un asunto internacional, mediante el establecimiento de criterios de designación del país y del tribunal competente para conocer de asuntos de esta clase<sup>52</sup>.

Por último acaso también es tema para la reflexión la oportunidad de la creación de un Tribunal Supremo europeo, como un complemento indispensable de la codificación europea, dada la diversidad de los sistemas jurisdiccionales de los distintos estados integrantes de la UE.

---

51 Paralelamente el Reglamento conocido como ROMA II (R. 864/2007) se ocupa de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, estableciendo un régimen uniforme de normas de conflicto respecto de las obligaciones que derivan de la responsabilidad de origen no contractual. Antes, y sobre todo a partir del Tratado de Ámsterdam de 2/10/1997, se ha tratado de minimizar el problema del *forum shopping* en concretos ámbitos como persigue el Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

52 En la UE ofrecen particular interés los Reglamentos conocidos como Bruselas I [Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 de Diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil] y Bruselas II [Reglamento CE 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes] que sustituyó, excepto para Dinamarca, al Convenio Bruselas II de 28 de mayo de 1998. Por su parte el Reglamento nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (ROMA III) establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (DOUE 29/12/2010)

## **7. *SOFT LAW*. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD COMO MÉTODO EN EL PROCESO ARMONIZADOR DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN. EL *SOFT LAW* EUROPEO COMUNITARIO**

En la larga ruta hacia la unificación del derecho de los estados miembros de la hoy UE el recurso a la creación de un *soft law* europeo se ha mostrado desde 1980 especialmente efectivo a partir de las iniciativas académicas desarrolladas al amparo de la reconocida autoridad científica de sus líderes y los miembros de las comisiones que las elaboran.

La noción de *soft law* o *weak law* procede de la perenne discusión en torno a las fuentes del Derecho internacional, donde la confluencia de una serie de factores, siempre variables, determina su permanente evolución lo que, naturalmente, impide la existencia de un sistema cerrado de fuentes. En este cambiante escenario cabe destacar en los últimos años la aparición de nuevos actores que ganan terreno e influencia, como son las grandes corporaciones multinacionales y también las organizaciones no gubernamentales (ONG) que se suman a los tradicionales ámbitos de conflicto derivados de los nacionalismos, los grandes déficits humanitarios, la delincuencia internacional o la protección del medio ambiente de los espacios comunes, como la Antártida. La expresión, que no es conceptual ni terminológicamente pacífica, ha terminado por imponerse, aunque en ocasiones se simplifica en exceso su significado presentándola como una suerte de mera contraposición entre *soft law/ hard law* o *binding / non binding law*, en especial cuando se usa no en el marco paradigmático de la naturaleza y función del llamado Derecho Internacional público sino en otro mucho más escueto y convencional como hacemos nosotros aquí.

La denominación *soft law*, en el sentido en que aquí la utilizamos, viene a expresar la aceptación voluntaria de sus reglas no obstante la ausencia de imperatividad lo cual, en el corriente proceso europeo, hace del argumento de autoridad científica su más importante instrumento de implementación de un espacio jurídico uniforme en la UE, sobre el presupuesto de la existencia de ciertas condiciones que predisponen a los Estados miembros a su aceptación<sup>53</sup>.

---

53 En última instancia existe un paralelismo con el método aristotélico de, además de referir argumentos lógicos, explicar sobre argumentos que residen en el *ethos* del contexto, es decir, en el talante del



Lógicamente no se trata aquí de referirnos al *soft law* como manifestación de máxima actualidad en el sistema de producción normativa, tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el comunitario. En mi opinión lo que tiene interés en este momento es, sobre todo, tratar de comprobar su incidencia en nuestro sistema de fuentes, aunque ello presuponga hacer alguna precisión en torno a su concepto.

Como apuntaba antes, la moderna configuración dogmática del *soft law* se localiza en la problemática en torno el sistema de fuentes de Derecho internacional y muy especialmente como consecuencia de la actividad propia de las organizaciones internacionales. Es común entre los internacionalistas<sup>54</sup> recordar que la expresión *soft law* se debe a una ingeniosa descripción del Barón Arnold Ducan McNair, presidente del Tribunal de Justicia de La Haya y primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al formular una distinción entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.

Se cita como antecedente remoto de las normas carentes de coercibilidad a la así llamada *Lex imperfecta* que en el Derecho romano cumplía un papel contrario al derecho de finalidad proléptica, de previsión de hipótesis de futuro pero materialmente inexistentes en el momento de la creación de la norma. Ello sin duda se debe a la romana predilección por la respuesta jurídica a la realidad cotidiana a través de la actividad judicial, un poco al modo del *common law*, aunque con mayor flexibilidad que éste al no estar sujeta la actividad del pretor al precedente como lo está el juez inglés o norteamericano por la doctrina *stare decisis*. De este modo se explica que en Roma, la *lex rogata* - surgida de la colaboración entre los cónsules, los comicios (centurias) y el Senado - caracterizada por la falta de sanción ante el incumplimiento de la parte dispositiva de la norma, llevara a calificarla de “imperfecta” y, en una situación intermedia, cuando el acto ilícito genera un castigo para el transgresor de una prohibición pero

---

expositor, lo cual, en las condiciones adecuadas, genera una predisposición del auditorio a dejarse persuadir, como ha sido puesto de relieve recientemente desde la perspectiva de la argumentación jurídica por ATIENZA, Manuel (2012) “El argumento de autoridad en el Derecho” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 30, junio 2012, 14 ss.

54 MAZUELOS BELLIDO, A. : “Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, num.8, 2004, 1-40 y allí citados

deja intactas otras consecuencias del acto, la ley se califica de *minus quam perfecta*<sup>55</sup>. Tal escenario sin embargo se va sustituyendo por la mayor seguridad que proporciona la *lex data*, que Augusto propicia y que culminará con la prohibición de Teodosio de asignar efecto alguno a los actos contrarios a la norma. A ello añade D'ORS que las leyes que prohibían hacer algo no tenían en principio el efecto de que lo hecho en contra de la prohibición fuera inválido *ipso iure* - de ahí su calificación de "leyes imperfectas" - sino que requerían la intervención del Pretor para impedir prácticamente el efecto del acto prohibido; mientras que en los casos en que lo hecho en contra de lo prohibido por una ley era inválido, por afectar directamente al *ius*, nos encontraríamos ante una ley "perfecta"<sup>56</sup>.

En el s. XVII, los autores de la Escuela del derecho natural volverán sobre este planteamiento. En particular Samuel PUFENDORF utiliza también el concepto de *lex imperfecta* en el mismo sentido de falta de imperatividad, predicando dicha condición como característica del Derecho Natural, insuficiente, desde su óptica del iusnaturalismo racionalista protestante, para ordenar la vida social. De ahí que deba ser el Estado

---

55 JÖRS, P. / KUNKEL, W. (1937) *Derecho Privado Romano*, trad. L. Prieto- Castro, ed. Labor, 149, § 61:1. \*Ciertos negocios eran nulos por su contenido. Son los siguientes:... b) los que infringían una prohibición legal. Estos negocios no fueron tratados uniformemente en el Derecho clásico, sino que su suerte dependía de los efectos que la norma jurídica prohibitiva correspondiente asociaba a su infracción (*sanctio legis*). Como quedó dicho (*supra*, §59), muchas leyes de gran importancia en materia civil no contenían preceptos suficientes sobre la materia. La teoría (Ulp.1-2), por esto, distinguió las leyes que declaraban nulos los negocios prohibidos por ellas (*leges perfectae*; por ejemplo la *lex falcidia*), las que únicamente sancionaban la contravención con una sanción o un perjuicio (*leges minus quam perfectae*; por ejemplo la *Lex furia testamentaria*) y las que no contenían precepto alguno sobre su infracción (*leges imperfectae*; por ejemplo la *lex cincia*). La cuestión de la determinación de la clase a la que cada ley pertenecía y de la forma de completar la falta de sanción legal había de ser resuelta por la interpretación en cada caso.\* En el Derecho postclásico los negocios que infringían una prohibición legal fueron declarados nulos de pleno derecho por un edicto de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III (Nov. post-teodos. 8, resumida en el CJ I.14.5). En la nota 3 a este § 61 cita:\* Sobre este tema, Senn, *leges perfectae, minus q. perfectae et imperfectae*, Thèse, Paris, 1902; Baviera, cr., I, 199; Mitteis, *Röm. Privatr.*, I, 246 ss. El párrafo correspondiente a la *lex perfecta* y la parte del párrafo sobre la definición de la *lex minus quam perfecta* se perdieron del texto de Ulpiano que se cita (Ulp. 1) pero la reconstrucción no ofrece dudas, ni por tanto, lo que en nuestro texto indicamos.\*

56 DORS, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed. Pamplona, 1986, 66. No obstante, recuerda el propio autor (§ 35) que una novela de Teodosio II y Valentiniano III (Nov.Th.9, del 439= C.J.I, 14, 5, 1) declaró que todas las leyes debían considerarse perfectas y los actos contrarios a ellas, ineficaces de propio derecho (*pro infectis*). La distinción civilística entre nulidad y anulabilidad del acto jurídico no pertenece al derecho romano. Aunque la terminología es variada e imprecisa, concluye D'ORS, con cita de Di Paola, debe distinguirse entre actos inexistentes (*nullus*, como atributivo, quiere decir que no hay tal acto) y actos existentes que pueden ver impedidos sus efectos por una prohibición civil o pretoria (*inutilis*).

quien asuma el poder de dominación necesario para mantener la paz en la sociedad, que es la razón esencial de la justificación del propio Estado. Lógicamente el paso siguiente es considerar que no hay más derecho que la norma positiva, cuya creación es monopolizada por el poder estatal y cuya máxima expresión de triunfo se encuentra en las codificaciones. Nótese por último que, en la concepción de PUFENDORF, las normas jurídicas únicamente pueden provenir del mandato de un superior sobre un inferior, es decir, del Estado sobre sus súbditos, lo que al final conduce a reconocer inevitablemente la falta de carácter jurídico del derecho natural<sup>57</sup>.

Llegados a este punto conviene parar la atención en el hecho de que, en el actual panorama de economías globalizadas, los Estados difícilmente pueden sustraerse a incorporar las reformas de sus respectivos ordenamientos internos de acuerdo con las prescripciones sugeridas por reglas que, en su conjunto, pueden ser calificadas como *soft law*, y ello debido fundamentalmente a la posibilidad, a veces concretada en amenazas reales, de sanciones o pérdidas de posiciones de ventaja dictadas por las organizaciones e instituciones que las han dictado: sanciones económicas, represalias comerciales más o menos directas, retenciones de créditos, etc. No es extraño que estas medidas disuasorias se articulen mediante la inclusión en un índice o relación (*black list*) de personas, instituciones e incluso Estados que otros países, generalmente a través de organizaciones internacionales, consideran que deben ser objeto de trato discriminatorio debido a su reticencia a seguir determinadas reglas jurídicas que implican comportamientos positivos o negativos. Cabe concluir por tanto que el *soft law* no es en absoluto irrelevante sino que cumple un importante papel en el ordenamiento jurídico internacional lo que demuestra a su vez que el sistema de fuentes de éste no responde a un esquema convencional.<sup>58</sup>

---

57 Samuel PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou Systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* / par le Baron de Pufendorf; traduit du latin par Jean Barbeyrac. (1771) VI, cap. 3, §§ 4 ss La síntesis del pensamiento iusnaturalista *ope solius rationis* del gran teólogo, filósofo, jurista y matemático alemán debe completarse recordando que su preconizado positivismo no es incompatible, en su concepción social del mundo, con la idea de la persona como ser libre e igual a los demás; principios de libertad e igualdad que considerados por PUFENDORF esenciales a la propia condición humana, le sitúan, junto con LOCKE, en la antesala de las grandes declaraciones y catálogos de derechos humanos y del ciudadano. Nótese sin embargo que entendida la justicia social como un producto más del derecho positivo, su manejo exclusivo por el Estado puede ser asimismo determinante, como la Historia nos muestra, de graves violaciones de los propios derechos humanos.

58 POSNER, Enric A. / GERSEN, Jacob E, (2008). "Soft law", Univ. of Chicago, *Public Law and*

**El *soft law* europeo comunitario.** El andamiaje político de la UE está en buena medida puesto al servicio de la competencia que se reconoce a los órganos de producción normativa para la elaboración de reglas jurídicas. Pero como se recordará, no todas las normas generadas son de la misma envergadura, de modo que a la distinción básica entre derecho originario y derecho derivado se añade el así llamado derecho complementario, integrado por la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia. Únicamente poseen naturaleza vinculante los *reglamentos*, las *directivas* y las *decisiones*, y no las *recomendaciones* y *dictámenes*, lo que no impide su calificación como instrumentos jurídicos integrantes del ordenamiento comunitario y ello como consecuencia de la actividad de los órganos jurisdiccionales y en particular, como es sabido, desde que en el *leading case* GRIMALDI (C- 322/88), de 13 de diciembre de 1989, el TJCE declaró que las recomendaciones, como otros actos no vinculantes, a pesar de la dicción del artículo 249 TCE, «no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos»<sup>59</sup>.

Respecto de las funciones del derecho “suave” o *soft law* suelen citarse, entre otras, la de ser el avance del derecho vinculante (*hard law*) al que posteriormente puede servir de complemento aportando un criterio interpretativo. Pero sobre todo interesa destacar en este punto como el *soft law* viene a suponer en la actual técnica legislativa del Derecho contractual europeo probablemente el camino más útil y eficaz para llegar a un compromiso de armonización y acaso, en el futuro, de unificación mediante un Código.

La materialización de este *soft law* ha sido y está siendo posible sobre la base de los ya tantas veces referidos proyectos, borradores, principios, marcos de referencia, etc., documentos que presentan ciertas características comunes respecto de su origen, que suele residir en un acto

---

*Legal theory*. Working Paper No. 213

59 Artículo 249 del TCE: «Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. // El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. // La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. // La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. // Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes».

o decisión política de encargo a grupos de expertos, o en una iniciativa académica; iniciativas en todo caso respaldadas por la relevancia científica de sus impulsores y autores. Ello supone que el *soft law* así fraguado está cimentado en un argumento de autoridad y solvencia acreditadas que convierten el resultado final en instrumentos muy completos que permiten allanar dificultades y terminan por convertirse en mecanismos suasorios a los que con toda probabilidad irán acogiéndose los distintos estados miembros en la medida en que si no lo hacen quedarán desplazados del escenario común en el que pretenden interactuar jurídicamente.

No obstante, no es fácil establecer parámetros seguros de distinción entre las distintas clases de reglas que integran el *soft law*, porque una cosa son los informes, borradores, proyectos, etc., cuyo valor persuasivo puede ser todo lo intenso que se quiera, pero que formalmente carecen de fuerza imperativa y valor vinculante y otra bien distinta, aunque no tanto desde la óptica de sus funciones, cuando de lo que se trata es del llamado *soft law* material, entendiéndose por tal aquellas normas de dudosa fuerza imperativa por su ambigüedad o falta de precisión porque no obstante incorporarse a un texto obligatorio, un tratado o un Reglamento, sin embargo establezcan obligaciones de carácter simplemente programático o genérico, faltas de contenido y de las que cabe dudar acerca de su exacta naturaleza, en tanto esta no sea aclarada por alguna decisión recaída en el ámbito jurisdiccional.

En consecuencia, y de acuerdo con lo dicho, debe entenderse que la noción de *soft law* es aplicable fundamentalmente a las recomendaciones y a los dictámenes. Respecto de aquellas conviene notar la función interpretadora que desempeñan especialmente en los casos en que su finalidad es orientar la interpretación de las normas estatales precisamente con el fin de favorecer la aplicación del *hard law* comunitario. Que el propio Tratado atribuya carácter no vinculante a estos actos que, en rigor, son más bien mecanismos de intervención emanados de las órganos e instituciones comunitarias, no significa que no estén incluidos en el ordenamiento jurídico de la UE, ni que no sean susceptibles de producir efectos jurídicos, lo que para algunos, en definitiva, les convierte en fuente del derecho comunitario.<sup>60</sup>

---

60 ALONSO GARCÍA, R., (2001) "El *Soft Law* Comunitario", *Revista de Administración Pública*,

Además del papel esencial de las recomendaciones y de los dictámenes, debe recordarse que el ordenamiento comunitario también se integra de otras categorías de normas que se sitúan fuera del ámbito del artículo 249 TCE, bien por carecer de la nota de generalidad (caso de los reglamentos internos de las instituciones, órganos y administraciones, pero que obligan a aquellas a las que se refieren, y por tanto en este sentido son *hard law*), bien igualmente, por la ausencia de la nota de coercibilidad, caso, por cuanto aquí importa, de las llamadas *comunicaciones*, que desempeñan un papel fundamental en el ámbito comunitario como instrumento interpretativo. Las comunicaciones orientan la conducta de los estados miembros en el sentido deseado por los órganos políticos y las instituciones comunitarias<sup>61</sup> y la relevancia de su función se advierte cuando abordan la regulación de intereses especialmente sensibles o se refieren a ámbitos materiales caracterizados por la complejidad de su regulación<sup>62</sup>.

Por último debemos referirnos a los «códigos de conducta» que en la UE son declaradamente voluntarios, y no tienen un carácter jurídicamente vinculante, sino que reflejan un compromiso político que fija pautas de comportamiento en relación con una concreta materia. En este sentido cabe incluir los pactos informales entre estados o entre representantes políticos que sin fuerza vinculante actúan al modo de los *gentlemen's agreements*. Los pactos informales o “entre caballeros”, según la terminología norteamericana son de práctica frecuente en el mundo de las relaciones empresariales donde pueden servir de base a la formación de un *pool* o acuerdo de intereses<sup>63</sup> (por ejemplo, para el control de precios entre los productores de un sector) y de los negocios (como los incorporados en las *Comfort Letters* o cartas de patrocinio<sup>64</sup>). La Comisión suele utilizar estos Códigos de

---

Madrid, Num. 154, Enero- Abril 2001, 63 ss

61 Por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final - Diario Oficial 255 de 13.9.2001]. Esa función se detecta todavía más claramente en la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651 final – no publicada en el Diario Oficial]. En esta Comunicación la Comisión indica cómo se va a desarrollar el Marco Común de Referencia para reforzar la coherencia del acervo relacionado con la protección del consumidor y se describen las actividades programadas para promover condiciones y cláusulas contractuales normalizadas a escala de la Unión Europea.

62 En tal sentido, ALONSO GARCÍA, (2001) cit., 79,

63 JONES, Elio (2010) *The Trust Problem in the United States*. New York: Macmillan Co., 7 ss

64 Sobre el tema recientemente DIAGO DIAGO, María del Pilar (2012) “Gentlemen’s agreee-

conducta con el fin de mejorar los resultados de sus políticas en los distintos ámbitos de actuación. Los Códigos se materializan mediante un “acto” formalmente expresado como una «comunicación»<sup>65</sup>

¿Como afecta el *soft law* comunitario a la aplicación del derecho estatal? Desde el punto de vista interpretativo, sin duda guiando y orientando el sentido de las normas internas de Derecho. Así, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sala 1<sup>a</sup>), se advierte en algunas sentencias recaídas sobre determinadas materias, y casi siempre de los mismos ponentes la cita de algunas de estas normas de *soft law* comunitario y muy especialmente de los PECL o del DFCR y en alguna ocasión del Libro Verde. Sin embargo conviene matizar el alcance real de tales referencias en las Sentencias en las que se incluyen. Así, por ejemplo, respecto de la STS 13/05/2010 que muy recientemente ha sido citada por la determinante influencia de DFCR en la decisión del Tribunal Supremo<sup>66</sup> la ponente recurre a las prescripciones que sobre la revocación de la donación por causa de ingratitud (imputación por el donatario al donante de un delito) se contienen en el art. IV. H.- 4:201 DFCR cuando dice que “el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante”. Más concretamente, se trae tal precepto a colación respecto de la interpretación que deba darse al término “imputare” en el art. 648.2 del Código Civil<sup>67</sup>.

Sin embargo la cita del DFCR en la sentencia no me parece que determine en absoluto, contra lo pretendido por algunos, la *ratio decidendi*

---

ments y contratos de financiación internacional” *Cuadernos de Derecho transnacional* (CDT) ed.digital Universidad Carlos III, Vol. 4, Nº 1.

65 A título de ejemplo v. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 2007, «Código de conducta de la UE relativo a la división del trabajo en el ámbito de la política de desarrollo» [COM(2007) 72 final - no publicada en el Diario Oficial]: *Con el fin de mejorar el resultado de la política de cooperación de la Unión Europea (UE), la Comisión propone un código de conducta voluntario para una mejor distribución de las tareas entre los donantes de la UE en los países en desarrollo. El código se basa en once principios destinados a reducir los trámites administrativos, utilizar los fondos donde sean más necesarios, poner en común la ayuda y distribuir las tareas para proporcionar mayor ayuda, más rápida y más eficaz.*

66 VAQUER ALOY/ BOCH CAPDEVILLA /SANCHEZ GONZALEZ, (2012) en el prólogo a *Derecho Europeo de Contratos*, cit., T. 1, 72, que enfatizan el hecho de la fundamentación en el DFCR de tal resolución jurisprudencial, y a cuyas normas sobre revocación por ingratitud del L. IV-H sobre donación consideran que ha recurrido el Tribunal Supremo como “elemento capital de su razonamiento jurídico”, afirmación acaso excesiva y cuando menos discutible, según se desprende de su lectura.

67 STS nº 2168 13/05/2010 (ponente: E. Roca Trías) FD 3º.

de la misma (en la que también se citan desde el proyecto de 1851 a los precedentes italiano, portugués y mejicano del art. 648 de nuestro Código Civil) sino que a modo de *obiter dictum* termina simplemente diciendo que la cuestión se trata de manera “más abierta” en el art. 531-15.1, d) del Código Civil de Cataluña y en el DCFR, para concluir por confirmar la sentencia recurrida no precisamente en base a una interpretación “más abierta”, sino cabalmente al contrario, en cuanto que literalmente afirma (FD 4º) que “la expresión “*imputare*” significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía *imputar* un delito, por carecer de legitimidad (en rigor, estricta legitimación procesal) para hacerlo”; añadiendo que “A una conclusión semejante lleva la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de ingratitud, en cuanto permiten privar de efecto a un contrato válido y eficaz”.

Luego la sentencia resuelve en el sentido que lo hace no apoyándose en una interpretación “más abierta” en la línea del Código civil de Cataluña o del DCFR sino en la más restrictiva del art. 648.2 del Código Civil español de 1889<sup>68</sup>, sin que se advierta, pues, que haya tomado en consideración de manera tan decisiva como se pretende el repetido artículo IV. H.-4:201 DCFR.

Por su parte la STS 1ª 19/ 06/ 2012 (de Pleno) entre otros argumentos, justifica la confirmación de la resolución recurrida con cita del Libro Verde de la Comisión, de 14/12/2010 en su título relativo a «*menos trámites administrativos para los ciudadanos, promover la libre circulación de instrumentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados del estado civil*», acaso sin tener en cuenta que el mismo texto contiene una previsión (cfr. “considerando 18) según la cual “*los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles*

---

68 Sobre el tema, últimamente, VAQUER ALOY, Antoni, (2012) *La donación en España y en Europa*, ed. Reus, Madrid, y en la citada obra colectiva, *Derecho de Europeo de Contratos*, T. II, 1873, donde más afinadamente que en el prólogo centra la cuestión con acierto al observar que “a diferencia de DCFR el Código civil enumera de manera más detallista las causas de revocación, lo que provoca que si bien todos los supuestos del Código civil encontrarían cabida en la fórmula más flexible del DCFR, podría no suceder lo mismo a la inversa”, y aunque insiste en que la sentencia toma en consideración precisamente este artículo del DCFR, no le achaca constituir un “elemento capital del razonamiento jurídico del Tribunal Supremo (*supra* nota 66).



*se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento*”, de donde se sigue que el criterio aplicable es el de la *lex rei sitae* y corresponde al Derecho del Estado miembro en que esté situado el Registro inmobiliario, determinar en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria, ignorando que tal prescripción se enmarca en el ámbito de la libertad de servicios y no en el de transmisión inmobiliaria<sup>69</sup>. Imprecisión que evidencia el riesgo de la aplicación más o menos espontánea, pero descontextualizada, de prescripciones, principios o reglas que sin carácter vinculante pueden estar respaldadas por todo el criterio de autoridad que se quiera, pero que no dejan de tener una finalidad de orientación dirigida más bien al legislador que al juzgador, en tanto no constituyen derecho vigente.

Algo parecido ocurre asimismo con la cita jurisprudencial de otras propuestas legislativas que sin embargo todavía parecen lejos de alcanzar la consideración de Derecho positivo vigente en el que poder fundar una decisión jurisprudencial. Por ejemplo, la cita en algunas sentencias, junto a los PECL, de las propuestas de modernización de la Comisión General de Codificación (*infra, sub 9*)<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Así, BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán. Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012” en Diario LA LEY 16837/2012. Crítico comentario a esta sentencia en la que, a juicio de la autora, se ignora que esta prescripción se encuadra en el ámbito de la libertad de servicios, y se olvidan las implicaciones que este entramado normativo supone al «*despacharse con una afirmación y errónea como la que se contiene en FD 3.*» en la que embrolla la libre prestación de servicios con la transmisión de la propiedad inmobiliaria, la ley aplicable a ésta con la ley aplicable a la forma del contrato y con los efectos de un documento público extranjero, con una ligereza de términos que no oculta la debilidad de sus argumentos». La dura apostilla de la ex Directora General de los Registros y del Notariado a la Sala 1ª TS, discutible en cuanto que la citada Sentencia (de Pleno) no hace sino discrepar de un criterio sostenido por la DGRN con alguna inspiración sensiblemente corporativista, y tampoco inconvencional como doctrina de la propia DGRN, sin embargo, por cuanto aquí interesa, confirma el riesgo, sugerido en el texto, de la consideración como si de derecho positivo se tratara, de prescripciones no vinculantes, insertas en conjuntos normativos meramente programáticos, que no obstante puedan ser judicialmente utilizadas para resolver ciertos asuntos con carácter definitivo, como ocurre con los recursos casacionales. Sobre la misma Sentencia, desde otro punto de vista, el comentario, más atemperado de XIOL RIOS, “Validez en España de escritura pública de compraventa otorgada en Alemania” en Diario LA LEY, 9328, 30/10/2012

<sup>70</sup> SSTs (1ª) 4/0672010, 9/06/2010, 10/11/2010, 17/03/2011 (ponente: Gimeno - Bayón)

Precisamente respecto de los PECL, como advierte GONZALEZ PACANOWSKA, aunque no existe por el momento una base de datos que muestre su aplicación efectiva, al margen del trabajo del denominado *Database Group*<sup>71</sup>, la jurisprudencia española es probablemente la más prolífica en la cita de los Principios y ello tanto en Sentencias de la Sala 1ª como de las Audiencias provinciales. Distingue la autora el dato de que no en todas las sentencias la cita de los PECL posee la misma entidad. Así, mientras que en algunas tiene una finalidad meramente retórica, a modo de un tercer elemento de comparación entre distintos sistemas, o se utiliza para justificar una doctrina sobre la que ya existe una jurisprudencia previa, en otras parece más claro que se trata de otorgar solidez al razonamiento sobre asuntos no contemplados directamente en la ley y carentes de una línea jurisprudencial clara, a modo de argumento de autoridad.<sup>72</sup>

En conclusión, me parece que la cita del *soft law* de la UE en las sentencias del Tribunal Supremo debiera ser convenientemente ajustada pues sin duda puede provocar cierto efecto mimético en la jurisprudencia inferior, y habría que andar con tiento para no interpretar y aplicar normas que obedecen a una tradición y fundamentos quizás distintos, y hacerlo perdiendo la perspectiva de que se trata de reglas que nacidas como *soft law* constituyen “herramientas” (*tools*) dirigidas más bien al legislador interno y cuya aplicación directa puede cuanto menos ocasionar alguna inseguridad jurídica, pues al cabo, todavía no son derecho positivo.

Lo anterior no resta ni un ápice al relevante papel que hay que reconocer a las formulaciones del que venimos llamando *soft law* comunitario. Así, de los principios Lando se ha destacado también su valor como un *restatement* o reexpresión de Derecho contractual europeo, en cuanto representan un texto base sobre el que contrastar los derechos nacionales<sup>73</sup>.

---

71 GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, (2009) “Los principios Lando”, en BOCH CAPDEVILA (dir.) *Derecho contractual europeo. Problemática, propuesta y directivas* cd. BOSCH. Barcelona, 172 ss. En la nota 89 se recuerda que el examen de la jurisprudencia española se realiza a través del Proyecto REDPEC (Red Española de Derecho Privado Europeo) accesible en <http://civil.udg.edu/redpec/index.asp>

72 *Ibidem*, con cita de los trabajos al respecto de PERALES VISCASILLAS (2007) y VENDRELL CERVANTES. PERALES VISCASILLAS, Pilar (2008) “Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo” Jornadas UAM Diciembre 2007 (coord. Díaz Romero *et alii*), Madrid, 453 ss (cit. por Fenoy Picón, 2010)

73 Por todos, GONZALEZ PACANOWSKA (2009) cit., 177 ss

Ciertamente, al margen de su aplicabilidad como instrumento operativo- y de su utilidad directa, en tal caso, en la mecánica judicial - la carencia de fuerza vinculante de los PECL se suple con su valor enormemente persuasivo, al reflejar un alto grado de consenso de la comunidad jurídica europea sobre lo que es y lo que debe ser la disciplina contractual. En este sentido no cabe duda de que constituyen un texto que en sí mismo posee una sustantividad propia, que les confiere esa nota de fiabilidad derivada de integrar una suerte de derecho común vigente en la materia a la que se refieren, y susceptible de imponerse *imperio rationis*. Es en esa perspectiva desde la que cabe buscar una cierta analogía del papel de los PECL o del DCFR, con la función asignada, aunque con otro alcance, a la formulación de *restatements* o recopilaciones sistematizadas de jurisprudencia creada conforme a la doctrina del *stare decisis*, de modo que, salvando todas las distancias que se quieran, admite su conceptualización como *codifications of case law*. De este modo, cada uno de los *restatements* hasta ahora realizados vienen a fijar cual sea el derecho común norteamericano vigente en una serie de principios o normas según la tendencia más generalizada en la práctica judicial sobre cada uno de ellos.<sup>74</sup> Es ahí donde probablemente reside el punto de coincidencia entre la utilidad de los *restatements* y los referentes europeos (PECL, DMCR) en cuanto que: (i) para el operador jurídico norteamericano son convincentes en términos de mostrar cual sea la tendencia actual que están siguiendo otras jurisdicciones; (ii) para el europeo, incluyendo a los legisladores nacionales encargados de las reformas, porque igualmente vienen a decantar las opiniones que tendencialmente se imponen en los distintos países comunitarios y se ha buscado sintetizar en los Principios; y (iii) porque en ambos casos el objetivo último declarado es la unificación normativa, respectivamente, del derecho contractual europeo o del derecho norteamericano; unificación a la que el Juez CARDOZO, impulsor desde comienzos del s. XX, de tan gran tarea en EE UU, confiaba que sería posible llegar a través de este método<sup>75</sup>.

---

74 Cada una de las series de *restatement* hasta ahora realizadas son el producto de una labor lenta, de análisis de series anuales que tras pasar por el tamiz académico y de los profesionales más cualificados que realizan la destilación de la *black letter law* de los casos, han sido publicados desde 1923 por el *American Law Institute*.

75 Benjamin N. CARDOZO (1924), *The Growth of the Law*, New Haven: Yale University Press, 9.: "I have great faith in the power of such a restatement to unify our law".

## **8. DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UN DERECHO COMÚN DE COMPRAVENTA DE 11/10/2011**

La visión crítica que más arriba exponíamos acerca de la armonización del derecho contractual en Europa no ha impedido, por supuesto, continuar avanzando en el camino unificador emprendido, aunque, desde comienzos del nuevo siglo, se haya recurrido a un planteamiento distinto, que en realidad deja traslucir un cambio de estrategia.

Así, la Comunicación de la Comisión Europea sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 ya supuso un cambio de rumbo en la trayectoria hasta entonces seguida en la que prácticamente solo se habían venido promulgando Directivas puntuales en respuesta a necesidades concretas de armonización, al manifestar la Comisión su intención de realizar acciones comunitarias de más alcance siempre que la respuesta individualizada a los problemas contractuales resultara insuficiente desde una perspectiva más general.

La Comunicación, redactada tras un periodo de consultas e información pública, estableció una serie de opciones que iban desde la inacción de la Comunidad Europea a, en el otro extremo, la adopción de una nueva legislación comunitaria completa; mientras que, como opciones intermedias, se proponían la fijación de principios comunes que facilitarían la convergencia así como la mejora de las normas ya existentes. Es importante destacar que los objetivos declarados de esta acción, singularmente la unificación de la terminología de conceptos fundamentales, la mejora y simplificación del acervo comunitario de cara a una mayor coherencia del acervo futuro y constituir la base para dotar al derecho contractual europeo de un instrumento facultativo se han mantenido en los textos posteriores, permitiendo calificarlos de avances técnicos importantes en el trayecto de la unificación teniendo en cuenta que, como ha sido notado<sup>76</sup>, una Directiva o un Reglamento que sustituyeran las legislaciones nacionales por un Derecho contractual europeo obligatorio habrían llevado a los comerciantes

---

<sup>76</sup> GÓMEZ POMAR y GANUZA FERNÁNDEZ (2011), "Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo", *Indret*, 2/2011, pp. 1-29 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

nacionales que no desearan operar en contextos transfronterizos a soportar unos costes que no se habrían visto compensados por unos ingresos que solo es posible obtener en operaciones transfronterizas. Finalmente, una Directiva que estableciera normas mínimas obligatorias de Derecho contractual europeo tampoco habría permitido conseguir el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesarios para reducir los costes de transacción.

Por último, conviene notar que la opción de la Comisión por un Reglamento de eficacia facultativa ha supuesto aparcar el criterio de materializar un simple instrumento no vinculante o *toolbox* que habría de quedar a disposición del legislador de la Unión, así como el sistema de Recomendación a los Estados miembros, con el objetivo de mejorar de manera más decidida el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

El llamado Libro Verde publicado por la Comisión Europea, de 1 de julio de 2010, sobre «opciones políticas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas», planteó varias opciones, de las que se descartaban las meramente doctrinales y las dirigidas a una decisión de autoridad mediante la adopción de una norma vinculante (reglamento) así como la dirigida a imponer un Código Civil Europeo.

El planteamiento del Libro Verde no iba mucho más allá de argumentar en la dirección de eliminar las diferencias más significativas que, desde la perspectiva del tráfico comercial entre las empresas, derivan de la diversidad legislativa entre los estados miembros. Ello, unido al imperativo mandato político de avanzar en una protección igualitaria de los consumidores y usuarios de 27 países, llevaba a la conclusión de que, si verdaderamente existe determinación y fortaleza política, quizás lo más práctico sería recurrir a cualquiera de los instrumentos jurídicos disponibles, bien mediante la aprobación de una Directiva sobre Derecho Europeo de los Contratos, bien, más radicalmente, mediante un Reglamento de aplicación imperativa, sobre derecho contractual europeo con el ulterior horizonte de un Código Civil Europeo. Mas tales opciones parece que quedaban lejos del propósito de la Comisión [cfr. D.O.C.E. L 150/109, 27.4.2010] que terminó por volver al mecanismo básico de elaboración de un Marco Común

de Referencia en el área del Derecho Contractual europeo a partir del ya existente Proyecto (DCFR). Del borrador redactado por la comisión de expertos (*supra*, *sub* 4 y nota 28) se ha podido decir que puede ser utilizado como un simple documento de autoridad, pero también, sin duda, como un vehículo para la mejora del Derecho Comunitario, respaldado por algún tipo de acto legislativo o, en un paso más, como una recomendación a los Estados miembros para sustituir sus propios derechos nacionales por un Derecho contractual uniforme<sup>77</sup>.

Verdaderamente ni el instrumento de la Recomendación - no vinculante para los Estados - ni mucho menos los meros documentos doctrinales puede decirse que constituyan un avance decisivo en el camino de la unificación, razón por la que parece haberse impuesto la idea de que el referido documento DCFR debiera tener al menos el valor de un instrumento que sirva como marco regulatorio electivo para los operadores jurídicos, que es la línea seguida por el artículo 30 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de octubre de 2011 relativa a una normativa común de compraventa europea<sup>78</sup>(en adelante, CELS) según la cual un contrato se considera concluido si las partes llegan a un acuerdo, si se proponen que el acuerdo tenga efecto legal y el acuerdo, complementado si es necesario por las reglas del *Common Sales Law*, tiene suficiente contenido y certeza para surtir efectos legales. Pero el propósito de la Propuesta va más allá, al perseguir que en el futuro sirva de instrumento de referencia para los respectivos legisladores nacionales.

Conviene insistir en que el contenido material del documento sobre el que ha trabajado la comisión de expertos no difiere mucho del elaborado en su día por la comisión Lando, y por tanto, en buena medida, resulta coincidente con los principios UNIDROIT, aunque con una acusada intensificación en los aspectos proteccionistas de los consumidores y usuarios por la vía de dotar a tales normas de un carácter claramente imperativo. Algo así, me parece, como dotarle de más convicción por la vía de integrar no solo las reglas generales del Derecho contractual sino también del De-

---

<sup>77</sup> En este sentido VAQUER ALOY, (2012) "Marco General del nuevo Derecho de contratos", en BOCH CAPDEVILA (coord.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, ed. Boch, Barcelona.

<sup>78</sup> *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL)* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>

recho del Consumo. Y es que acaso sea ésta la manera más eficiente de superar, una vez más, el dualismo dentro de la propia estructura comunitaria que conduce a la vía, sin duda explicable pero no por ello menos absurda, de que, de forma prácticamente simultánea en el tiempo se encontraran en tramitación en paralelo un documento como el *Draft Common Frame of Reference* y el Proyecto de Directiva sobre Derechos de los Consumidores de 2008, que a su vez, como recuerda VAQUER, reunía cuatro de las principales directivas comunitarias en materia de consumo<sup>79</sup>.

El carácter electivo<sup>80</sup> del DCFR ofrece en cada uno de los aspectos que regula una serie de opciones a las que las partes pueden acogerse en la confianza de que se sitúan dentro de un marco normativo comúnmente aceptado y sobre todo aceptable desde un punto de vista sustantivo por el propio contenido de su regulación. La experiencia de los últimos años ha permitido vaticinar que políticamente no sería excesivamente difícil convertir en Reglamento la regulación básicamente contenida en el DCFR, entre otras cosas porque la práctica lo ha venido acogiendo pero sobre todo por un fenómeno sobre el que se ha llamado la atención<sup>81</sup>, como es la convergencia sobre los puntos más esenciales del derecho contractual que en nuestro país, como en otros, se deja traslucir en las propuestas de modernización o a veces incluso en su cristalización en algún nuevo Código Civil de reciente factura como el de la República Checa.

**La CESL.** En esa misma dirección la antes citada Propuesta de Reglamento sobre un Derecho Común Europeo de Compraventa, de 11 de octubre de 2011 se configura como un instrumento opcional que, a decir de

---

79 D. 85/577 CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, D. 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, D. 97/7/CE, sobre contratos a distancia y 99/44CE sobre venta y garantías de los bienes de consumo. VAQUER ALOY, (2012) "Marco general del nuevo Derecho de contratos" cit., 38.

80 PALAO MORENO, Guillermo (2011) "El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado", en BLASCO *et alii* (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, II, p. 1922, señala que el sistema opcional, al tiempo que ser lo más completo y autosuficiente posible, debería contar con normas materiales no solo dispositivas, sino también imperativas, así como incorporar una norma de conflicto especializada, de aplicación preferente frente a los Reglamentos Roma I y Roma II. En todo caso, considera que sería preferible contar con un instrumento legislativo *Hard Law*, como sería un Reglamento. VAQUER ALOY, Antoni, (2009) "El Marco Común de Referencia" en Boch Capdevilla (coord.) *Derecho Contractual Europeo*, Barcelona.

81 VAQUER ALOY, (2012) cit. ant., 62

su exposición de motivos, tiene como objetivo general mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores. Este objetivo –continúa diciendo– puede alcanzarse mediante la puesta a disposición de un *corpus* uniforme y autónomo de normas de Derecho contractual que incluya disposiciones para proteger a los consumidores y la normativa común de compraventa europea, que ha de considerarse un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros<sup>82</sup>. Es característica, pues, que conviene destacar desde ahora que la PRCV persigue constituir la normativa común a la compraventa transfronteriza de bienes y mercaderías de cualquier clase, incluidas las realizadas a consumidores, razón por la que se integran en el reglamento las normas específicas de protección de estos últimos<sup>83</sup>.

La citada Propuesta de Reglamento sobre compraventa de 2011 tiene, pues, una declarada finalidad de proporcionar a los comerciantes un ámbito de seguridad jurídica básica y a los consumidores un mayor grado de protección común en todos los países miembros. No obstante, interesa aquí sobremanera destacar que la CESL constituye una norma uniforme de Derecho sustantivo que aunque persigue integrar un segundo régimen del derecho de compraventa de los estados miembros con carácter electivo, sin embargo probablemente, de llegar a buen puerto acaso pueda considerársele, precisamente por su contenido material, como la primera piedra de un futuro Código Civil europeo.

---

82 «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea». *Exposición de motivos*: “la normativa común de compraventa europea debe abarcar todo el ciclo de vida de un contrato, incluyendo así la mayoría de los ámbitos que son pertinentes a la hora de celebrar contratos transfronterizos. De esta forma, los comerciantes solo tendrían que investigar las normativas nacionales de los otros Estados miembros en relación con algunas cuestiones, mucho menos importantes, que no están reguladas por la normativa común de compraventa europea. En las operaciones entre empresarios y consumidores, ya no sería necesario averiguar cuáles son las disposiciones imperativas de protección de los consumidores en la legislación del consumidor, puesto que la normativa común de compraventa europea contendría normas de protección de los consumidores plenamente armonizadas que prevén un elevado nivel de protección en toda la Unión Europea. En las operaciones transfronterizas entre empresarios, las negociaciones sobre la ley aplicable serían más fluidas, pues las partes contratantes tendrían la oportunidad de llegar a un acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea —igualmente accesible para ambas— para regular su relación contractual” (<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:ES:PDF>>).

83 Por ejemplo, artículo 7 «Cláusulas contractuales no negociadas individualmente» y los que se localizan en la Parte II, Capítulo II (derechos y deberes de información) y en el capítulo 4 (desistimiento)



La CESL, a la que se califica como el “28 régimen de Derecho de Compraventa de la UE” se plantea como un régimen opcional que en las ventas transfronterizas permite a las partes optar entre la sujeción al Derecho nacional o bien al Reglamento común que se propone, con la particularidad de que a diferencia del Convenio de Viena, el Reglamento no será de aplicación automática a quienes tengan su domicilio en los países, sino que es preciso que efectivamente ejerciten la opción<sup>84</sup>. Ello cabalmente significa que la opción requiere la previa determinación de la ley aplicable de acuerdo con el sistema conflictual que proceda. Y por otra parte, el juez no podrá fragmentar los conjuntos normativos en la resolución del caso que se le someta. O lo que es igual, la optatividad comporta el sometimiento en bloque a uno u otro ordenamiento, el nacional o el de origen comunitario, con todas sus consecuencias.<sup>85</sup>

Hay que notar que así planteado, como un régimen opcional, el futuro Reglamento no solo coexistirá con las normas sustantivas internas de cada uno de los Estados miembros mientras se mantengan en sus propios Códigos civiles y/o mercantiles y a las que desplazará solo si efectivamente las partes del contrato optan por ello, sino que, además, ha de coexistir con otros instrumentos como el Convenio de Viena y los Reglamentos ROMA I y ROMA II<sup>86</sup>, cuya aplicación igualmente excluirá en su caso.

---

84 Según reza la CESL 2011 en su *Considerando 10º*, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva que resulte aplicable con arreglo a Roma I, a Roma II o a cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes.

85 En la exposición de motivos CESL se dice que «La normativa común de compraventa europea será un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Cuando las partes hayan acordado utilizar la normativa común de compraventa europea, sus normas serán las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación. Cuando una cuestión tenga cabida en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea, no existe pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional. Este acuerdo para la utilización de la normativa común de compraventa europea supone elegir entre dos corpus diferentes de Derecho de compraventa dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, no equivale a la anterior elección de la ley aplicable a tenor de las normas de Derecho internacional privado ni debe confundirse con ella. // Puesto que la normativa común de compraventa europea no cubrirá todos los aspectos de un contrato (p. ej., la ilegalidad de los contratos, la representación), las normas de Derecho civil en vigor del Estado miembro que sean aplicables al contrato seguirán regulando dichas cuestiones residuales.»

Sobre los problemas que plantea la configuración del DCFR como instrumento opcional, TERRY, E. (2010) “The Common Frame of Reference: an optional instruments?” Bruselas.

86 Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I). Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de

Ello significa que, *a priori*, el régimen común de compraventa europea parece llamado a disfrutar de un éxito seguro, aunque solo sea por la claridad y consiguiente seguridad que introduce a los contratantes transfronterizos. Y ello aunque la propuesta adolezca de ciertos flecos que van siendo puestos de relieve por la doctrina, incluso, muy recientemente de modo muy crítico, cuestionando la propia competencia de la UE para la elaboración de un Reglamento con este contenido<sup>87</sup> y sin perder de vista que existe una regulación de la compraventa internacional a través de normas de origen profesional<sup>88</sup> además de la Convención de Naciones Unidas (CISG).

El documento de la CESL 2011 cuenta con un anexo I en el que se recoge el texto articulado propuesto, donde tras un nuevo canto entre otros principios, a la autonomía privada (art. 1), a la buena fe (art. 2) y a la libertad de forma (art. 6), no ha olvidado el legislador comunitario (cfr. art. 4) advertir que la interpretación del Reglamento ha de ser autónoma<sup>89</sup>. Conviene asimismo señalar que la CESL contiene su propio procedimiento de cómputo de plazos que si bien no difiere gran cosa del que en la actualidad resulta aplicable de la combinación de nuestros códigos sustantivos y la Ley de Enjuiciamiento Civil, con seguridad rápidamente será popularizado por la minuciosa, aunque premiosa, redacción que ofrece y cuyas disposiciones son de aplicación al cómputo de tiempo a cualquier efecto sometido a la normativa común de la compraventa europea<sup>90</sup>.

---

julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), donde se regula la ley aplicable a algunos supuestos de *culpa in contrahendo* también abordados por la normativa común de compraventa europea.

87 POSNER, Eric A., (2012) "The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition" *University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 597* (May 1, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2049594> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2049594>

88 INCOTERMS 2010, en vigor desde 1 de enero de 2011. Cfr. la *Convención sobre contratos para la venta internacional de mercancías* de las Naciones Unidas / *UN. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. (CISG) / en su Parte III «Venta de las mercancías» (artículos 25-88)

89 «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea». ANEXO I *Normativa Común de Compraventa Europea*. Artículo 4. *Interpretación*.

1. La normativa común de compraventa europea debe interpretarse en forma autónoma y de conformidad con los objetivos y los principios subyacentes. // 2. Las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea, pero no expresamente resueltas por ella, se dirimirán de conformidad con los objetivos y los principios subyacentes a ella y todas sus disposiciones, sin recurrir a la ley nacional que resultara aplicable en ausencia de un acuerdo para utilizar la normativa común de compraventa europea o cualquier otra ley. // 3. Cuando a una determinada situación sean aplicables una norma general y una norma especial, en caso de conflicto prevalecerá la norma especial.

90 Artículo 11 CESL *Cómputo del tiempo* // 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 a 7:

Respecto de otras importantes cuestiones en cuyo detalle no podemos entrar, me limitaré a citar que respecto de la causa, la CESL se enmarca en la dirección marcada por el BGB y seguida por documentos anteriores (PECL) de prescindir de su conceptualización como requisito del contrato aunque, naturalmente, no de sus funciones.

La interpretación “*ab intentione finali disponentis*”, ligada a la teoría de la causa, es sin duda de las más sutiles y elegantes construcciones jurídicas de los postglosadores. En última instancia *contractus non debet a verbis denominari sed a principali contrahentium intentione et ab illius effectu*, según recuerda la doctrina de los doctores<sup>91</sup>. Que los mismos o similares resultados obtenidos a través de la teoría de la causa se puedan alcanzar por otros caminos no priva a ésta de sus objetivos funcionales, como son, resumidamente: (i) la caracterización del contrato, típico o no; (ii) la determinación de la ineficacia en ciertos casos en que la contraprestación desaparece de forma sobrevenida sin que, al carecer de ánimo de liberalidad, resulte justificada la atribución patrimonial hecha por una de las partes a la otra; (iii) determinar la ineficacia por error esencial en el consentimiento; y, (iv) cuando la ilicitud o inmoralidad deba ser determinante de

---

(a) un plazo expresado en días empezará a computar desde el primer instante de la primera hora del primer día y terminará al expirar la última hora del último día del plazo; (b) un plazo expresado en semanas, meses o años empezará a computar desde el primer instante de la primera hora del primer día del plazo y terminará al expirar la última hora del día de la última semana, mes o año que sea el mismo día de la semana, o caiga en la misma fecha, que el día a partir del cual empezó a contar el plazo; con la excepción de que si, en un plazo expresado en meses o en años, el día en que el plazo debería terminar no tiene lugar en el último mes, terminará al expirar la última hora del último día de dicho mes. // 3. Cuando un plazo expresado en días, semanas, meses o años deba calcularse desde el momento de un acontecimiento, acto o momento concreto, el día durante el que tiene lugar el acontecimiento o acto o llega el momento no se considerará incluido dentro del plazo en cuestión. // 4. Los plazos en cuestión incluirán sábados, domingos y días festivos salvo cuando se excluyan expresamente o cuando los plazos se expresen en días laborables. // 5. Cuando el último día de un plazo sea un sábado, domingo o día festivo en el lugar en que deba cumplirse un acto obligatorio, dicho plazo se cumplirá al expirar la última hora del siguiente día laborable. Esta disposición no se aplicará a los plazos que se calculen de forma retroactiva desde una fecha o acontecimiento concreto. // 6. Cuando una persona envíe a otra persona un documento en el que se de al destinatario un plazo para responder o tomar otras medidas, pero que no indique cuándo comienza el plazo, este se calculará, salvo disposición en contrario, desde el momento en que el destinatario reciba el documento. // 7. A efectos del presente artículo, se entenderá por: (a) «día festivo», en relación con un Estado miembro o región de un Estado miembro de la Unión Europea, aquel designado como tal para ese Estado o región en una lista publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*; y (b) «días laborables» todos los días, salvo sábados, domingos y días festivos.

91 BUSSI, Emilio (1937), “La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune” en ROTONDI, Mario (dir), *Studi di Diritto Privato*, Padova, T. XXVII bis, 18, con cita, entre otros, del Cardenal Francisco María MANTICA. Sobre la evolución de los conceptos en la Recepción, MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, Juan, (1974) *El Derecho romano en la tradición romanística*, ed. Reus, Madrid.

la ineficacia contractual. A ello se añade a veces la genérica justificación de los desplazamientos patrimoniales entre sujetos, pero, como recuerda CARRASCO<sup>92</sup>, la llamada “causa de la atribución patrimonial” no tiene que ver con el requisito contractual sino que es equivalente a *título* o fundamento (la *causa justa* del artículo 1901) en general, el cual puede residir en la ley, la voluntad unilateral, un testamento, un daño injusto o un contrato

En esa línea resulta especialmente acertada la Propuesta de Modernización de la sección civil de la Comisión General de Codificación que ha sabido adaptarse a lo que los vientos europeos nos traen sin prescindir del juego empírico reservado a la institución. Dicho de otra manera, aunque la Propuesta al suprimir los requerimientos del contrato enunciados al modo del actual artículo 1261 CC, ya no considera a la causa como tal requisito, sin embargo, con palabras de MORALES MORENO, no ha suprimido la regulación de la causa<sup>93</sup> a la que asigna algunas funciones, buscando evitar los problemas que plantea la utilización del concepto de causa en la teoría general del contrato, incrementados por su pluralidad de significados<sup>94</sup>.

Por lo demás, son numerosos los trabajos publicados sobre aspectos concretos de las propuestas de modernización de la Comisión General de Codificación, algunos de los cuales se citan en esta misma ponencia.

---

92 CARRASCO PERERA, Ángel, (2010) *Derecho de contratos* Thomson Reuters – Aranzadi, 28. DE CASTRO (1971) *El negocio jurídico*, INEJ. Madrid, 179- 181 ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (1999) *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Sevilla.

93 El artículo 1238 PC dice que: “1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. 2. II La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. Sin embargo no se encuentra en la PC un precepto como el del artículo 1274, que sirve para definir lo que se entiende por causa en las tres categorías contractuales que recoge: onerosos, remuneratorios y gratuitos. Sobre su significado, CLAVERIA GOSALBEZ, L. H. (1998) *La causa del contrato*, 25 ss. DIEZ PICAZO, (1963) “El concepto de causa en el negocio jurídico” *ADC* 1963, 3 ss. DIEZ-PICAZO (1970) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., 234 ss SANCHO REBULLIDA, Francisco (1971) “Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil”. *RGLJ*, 1971, 663 ss DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, (1978) “Meditaciones sobre la causa” *RCDI*, 1978, 637 ss

94 MORALES MORENO, Antonio- Manuel, (2011) “Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, 458. Recuerda el autor que los problemas de falta de causa pueden ser también enfocados desde la perspectiva de la falsa representación de la realidad (el error), aunque como él mismo reconoce, la aplicación de las reglas de la ausencia de causa establece un sistema de invalidez más directo, sin posibles excepciones de protección de la confianza de la otra parte, que si puede seguirse si las reglas que se aplican son las del error.

## 9. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN ESPAÑA

La cuestión de la conveniencia de una regulación unitaria del Derecho de la contratación es, desde la Codificación, un tema recurrente tanto en España como en otros países. En general el problema se liga tradicionalmente al más general de la autonomía del Derecho Mercantil y acaso ahí resida uno de los principales escollos para llegar a un acuerdo académico entre civilistas y mercantilistas.

Someramente planteado, como es sabido el debate sobre si es o no conveniente la promulgación de un Código único de las obligaciones (sea como una norma separada, sea integrando los preceptos que lo hubieran de constituir en alguno de los textos existentes) cuenta con casi tantos partidarios como detractores.

Es bien conocido que el planteamiento más clásico de la autonomía del Derecho Mercantil, desde la perspectiva civilista, es aquel que lo contempla como un desgajamiento del tronco común del Derecho civil<sup>95</sup>, como si fuera una suerte de renuevo de un moribundo *ius civile*, lo que naturalmente conduce a ligar el problema con el de la llamada crisis del Derecho Civil<sup>96</sup>.

La segunda perspectiva, más frecuente, es la que lleva a considerar al Derecho Civil como un Derecho común frente a los que, obviamente, tendrían la consideración de Derechos “especiales”, visión que conduce a otro de los rancios planteamientos: el del valor supletorio del Derecho civil – y en particular del Código civil- respecto al resto de sectores normativos<sup>97</sup>. Una de las dificultades que plantea la asignación del carácter de

---

95 En este sentido, entre otros, PASCUAL QUINTANA (1959) *En torno al concepto del Derecho Civil*, Madrid, 71 ss

96 Del tema de la crisis me he ocupado en otro lugar, enfocándolo desde la perspectiva de que responde a una necesidad de evolución, lo que debe ser interpretado más como un signo de vitalidad que de decadencia v. ROCA GUILLAMÓN, Juan, (1990) “Codificación y crisis del Derecho Civil” *AAVV Centenario del Código Civil* APDC., Madrid, II, 1775 ss

97 En este sentido, por todos, LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, (1976) “Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes” *Revista de Derecho Privado* (RDP), 598 ss, quien resalta con

Derecho común al Derecho civil es la de si ello está referido exclusivamente al Derecho civil contenido en el Código civil – como era lógico pensar en la época de la Codificación, pues el objetivo de ésta fue precisamente fijar su contenido en el momento en que se realiza o, como posteriormente se plantea tras la proliferación de las llamadas leyes especiales, si ese carácter debe hacerse extensivo también a las normas extravagantes al Código, pero que sin duda siguen siendo asimismo Derecho civil.

Ese hoy discutido valor de derecho común se ha asignado ya desde los textos de la codificación (como expresamente se recogió en el artículo 2. I Código de Comercio al decir que los actos de comercio en defecto de disposiciones del propio texto legal y de los usos de comercio, se regirán por las reglas del derecho común), sin perder de vista que, como dijera CALASSO<sup>98</sup>, la antítesis entre derecho común y derechos especiales es uno de los motores de la dinámica jurídica, en cuanto representan la lucha entre lo antiguo y lo nuevo, entre las directrices generales del sistema y la exigencias particulares. Pero ello no obsta a que la autonomía de una disciplina, que generalmente responde a necesidades históricamente constatadas<sup>99</sup>, y por ello acaso transitorias, aunque necesaria en un periodo concreto, en otro momento histórico posterior y como consecuencia de la evolución jurídica pueden transformarse o incluso desaparecer. Un ejemplo claro lo tenemos en el propio Derecho Mercantil, surgido para responder a las necesidades de unos determinados profesionales del comercio y que en la actualidad, al desaparecer o atenuarse algunas de las necesidades sociales que lo justificaron, en cierto modo sufre un suerte de retorno al derecho común, al margen de que para algunos, y al menos en sectores como el de la contratación, el péndulo del derecho común debiera desplazarse hacia él (presunción de solidaridad, transformación de la función de la letra de cambio

---

frase lapidaria que el Código civil constituye “el núcleo del derecho privado y pieza central del ordenamiento jurídico”. Consideraciones de este tipo han sufrido, con mejores o peores argumentos, el constante ataque desde otras disciplinas, como el Derecho Administrativo o el laboral, en la búsqueda de la justificación de la inaplicabilidad, al menos relativa, del artículo 4. 3 (antiguo artículo 16) de nuestro Código Civil.

98 CALASSO, (1951) *Introduzione al Diritto Comune (Il diritto comune como fatto spirituale)*, 106-107

99 Recuerda BROSETA PONS (1965) que la configuración del acto objetivo de comercio se generaliza, tras la implantación del Código francés, al pasar los actos de comercio a ser de uso común por todos. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 58- 59 Respecto de la generalización del Derecho Mercantil, BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, Alberto, (1976) “En torno a la unificación del Derecho Privado” *Homenaje a Federico de Castro*, I, 154.

como medio de pago hasta su actual obsolescencia, etc.). La posición no es exclusiva de los civilistas pues se ha considerado desde una perspectiva -que en los años treinta del pasado siglo se preconizaba en la doctrina italiana en contra de la unificación legislativa- que el Derecho mercantil, como Derecho especial, no puede aspirar a sustituir al Derecho civil, ni a convertirse él mismo en Derecho común, pues como de manera harto elocuente escribió ASCARELLI “el derecho especial muere en el momento de mayor triunfo, cuando los principios jurídicos elaborados por él entran en el ámbito del Derecho Común”<sup>100</sup>. En esa misma línea se ha dicho que la autonomía del Derecho Mercantil no es incompatible con su necesaria subordinación al Derecho Civil, como Derecho privado común, nuclear o general, regulador de las relaciones generales de la convivencia<sup>101</sup>

A mediados del siglo pasado la doctrina española, siguiendo muy de cerca a ciertos autores italianos, como VIVANTE, mayoritariamente resolvía la cuestión de la conveniencia o no de la subsistencia de la diversificación del derecho privado mostrándose favorable a la creación de un Código único de las obligaciones, lo que nunca pasó de ser una mera declaración de intenciones auspiciada entre otros por CASTAN TOBEÑAS sobre la base de cuatro argumentos: a) el anacronismo de justificar la autonomía del Derecho Mercantil como un derecho de clase cuando hoy los actos de comercio son de libre ejercicio por todos los ciudadanos; b) por la uniformidad del ambiente económico moderno que hace que la exigencias contractuales sean hoy las mismas para toda clase de productores; c) los numerosos inconvenientes que para la práctica ofrece la dualidad de códigos, entre otras cosas por la dificultad de delimitar los actos y negocios que han de caer bajo la jurisdicción civil o mercantil; y, d) porque científicamente se produce un perjuicio tanto para el derecho mercantil como para el civil: al mercantil porque sus instituciones se aíslan de la teoría general de las obligaciones; y al civil en cuanto le priva de los elementos

---

100 ASCARELLI, T., (1934) “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale” *Revista di Diritto Commerciale*, I, 1 ss. En el mismo sentido, en España, RUBIO GARCIA-MINA, (1947) “Sobre el concepto de Derecho Mercantil” *Revista de Derecho Mercantil*, 359, mientras que LANGLE (1947) mostraba su oposición al conceptuación del Derecho Mercantil como derecho de la empresa por ofrecer una visión parcial del fenómeno económico y jurídico: LANGLE RUBIO, E., “Las directrices fundamentales del Derecho Mercantil”, *RDM*, 1947 n° 9, 390 ss.

101 JORDANO BAREA, J., (1964) “Derecho Civil y Derecho Mercantil”, *RDP*, 181

que podría renovarlo, adaptándolo a las nuevas necesidades<sup>102</sup>. Ello naturalmente tamizado por el ejemplo de los sistemas anglosajones que desde el s. XVIII, con la supresión de los tribunales mercantiles en Inglaterra ignoran la diversificación sin que ello les impida ostentar la primacía del comercio mundial, y por supuestos los admirables ejemplos de Suiza y su Código único de las Obligaciones y de Italia y su Código civil de 1942, para terminar refundiendo en el sistema general del Derecho civil aquellas normas e instituciones que ha perdido su sello mercantil y forman ya parte, prácticamente al menos, del Derecho común<sup>103</sup>.

Sin embargo estos planteamientos dictan mucho de la visión que hoy se defiende mayoritariamente por la doctrina mercantilista sobre esta cuestión. Recuérdesse que para ello se parte de distinguir entre un derecho mercantil en sentido restringido o estricto y un derecho mercantil en sentido extenso o amplio<sup>104</sup>. El primero vendría definido como un conjunto de normas y principios especiales, distintos al derecho civil o común articulado en torno a la noción de comerciante y al concepto de acto objetivo de comercio, con una trascendencia práctica esencial ya que el juez está constreñido a aplicar unas u otras normas, civiles o mercantiles. La distinción ente norma civil y mercantil importa, además, en cuanto esta última es competencia exclusiva del Estado (art. 149. 1. 8º CE) y el Tribunal Constitucional ha venido a identificar legislación mercantil con el Derecho mercantil en sentido estricto según el conjunto normativo en su momento delimitado por el Código de Comercio (STC 14/1986, de 31 de enero). Por lo tanto la calificación de una determinada materia como legislación mercantil o civil puede sustraer, o no, la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la misma. El problema es a veces de ambigüedad, sustentada en el doble juego de la calificación como mercantil a unos efectos, o como civil a otros. Lo cierto es que el criterio del mantenimiento

---

102 V. CASTAN TOBEÑAS, (1955) *Derecho Civil español, común y foral*, 9ª ed., Reus, Madrid, T. I, v. I, 76, y allí citados. Pero ya mucho antes, desde 1929, en su trabajo *Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales*, y en las ediciones anteriores de su misma y tan influyente obra desde su primera edición de 1924 bajo la forma de contestaciones al "Cuestionario" para las oposiciones a Notarías.

103 *Ibidem*, 127. Un resumen de la doctrina española en MARTÍN RODRIGUEZ, Mª Angeles, (2006) *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 186 ss

104 Por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 19ª ed., 2006, 37 ss, *passim*



de la unidad de mercado<sup>105</sup> -en otro tiempo denostado por un sector de la doctrina mercantilista por considerar que tal recurso solo tiene por finalidad primordial privar a determinadas Comunidades de su competencia legislativa en la materia de que se trate, y olvidado merced al criterio del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en materia de cooperativas - pudiera volver a ser revivido en la actual coyuntura, ante el desconcierto que a veces produce en inversores extranjeros la dispersión legislativa española, sobre todo fiscal pero también sustantiva cuando piensan en nuestro país como objeto de su decisión. Pero al margen de que después podamos volver sobre esta cuestión, lo que interesa aquí destacar es la inseguridad jurídica que puede llegar a producir la falta de claridad de los criterios para la calificación de ciertas situaciones, instituciones o sujetos como civiles o mercantiles. Por cierto que la creación en 2003 de los juzgados de lo mercantil (art. 86. ter LOPJ, LO 8/2003) tampoco vino a aportar mucha luz en este punto, dado que la competencia que se reconoce a estos órganos especializados no se circunscribe a lo mercantil sino que alcanza también a diversas materias civiles.

La pugna entre civilistas y mercantilistas ha radicado hasta tiempos muy recientes en que estos últimos suelen incluir en el concepto de Derecho mercantil, en sentido amplio, no solo una serie de materias en relación con los sujetos (empresario) y el objeto (actividades de gestión, derechos de imagen, audiovisuales, derecho de la competencia entre profesionales, etc.) sino también frecuentemente los negocios jurídicos y contratos empresariales de naturaleza civil, lo que algunos como VICENT CHULIÁ justifican en la necesidad de obtener una visión global de la contratación en determinados sectores (p. ej., el de la distribución) de modo que “sobre la contraposición mercantil-civil debe prevalecer la sistematización de los contratos en base a la naturaleza de la prestación: contratos de compraventa, de gestión de distribución, de financiación, de garantía, etc.”<sup>106</sup> En suma, situaciones fronterizas como las ventas empresariales no mercantiles, entre ellas las de consumo, bienes de equipo, las de empresarios agrarios o artesanos, que quedan fuera de los artículos 325 y 326 Ccom, según esa

---

105 La STC 71/82, 30 noviembre vino a explicar la reserva el artículo 149.1.8º de las bases de las obligaciones contractuales a la exclusiva competencia del Estado por razón, en aras del interés nacional, y de la necesidad del mantenimiento de la unidad de mercado.

106 VICENT CHULIÁ, ob. cit., 40-41. BELTRAN SANCHEZ, Emilio, “La unificación del Derecho Privado”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1995, 51 ss

opinión serían también calificables de mercantiles. Siendo el planteamiento básicamente acertado, pues es verdad que la actual dicotomía solo puede ser superada desde una visión global de la contratación, lo que cabe discutir es que lo sea también el desenlace pues, al cabo, lo que con frecuencia se pretende es ningunear la disciplina común para aplicar las soluciones propugnadas desde la perspectiva de la empresa y su marco normativo.

Sobre estos planteamientos, que a menudo no han traspasado el ámbito estrictamente académico dejando latente la cuestión de fondo, es posible constatar como la solución al problema real de inseguridad jurídica a que antes nos referíamos quizás solo se haya comenzado a materializar mediante la superposición de una nueva realidad que, siendo ya vieja conocida, sin embargo únicamente emerge con fuerza en el mundo desde hace no más de cincuenta años, siguiendo la trayectoria iniciada en EEUU en los años sesenta del pasado siglo<sup>107</sup>.

Semejante escenario se reproduce al impulso del discurso político de la UE, generando todo un conjunto de reglas, disposiciones normativas y principios que globalmente es calificado como “derecho del consumo”. En España la protección de los consumidores y usuarios viene constitucionalmente impuesta por el artículo 51 CE, lo que vinculaba en esa tarea a los poderes públicos tanto del ámbito administrativo como judicial desde 1978. Sin embargo como es notorio, fue la LGDCU (L.26/ 1984,19 julio, hoy sustituida por el TRLGDCU RDLv 1/2007, 16 noviembre) la que verdaderamente supuso un hito y no tanto, en lo que aquí nos interesa, por su objetivo directo de defensa del ciudadano consumidor y por los instrumentos y mecanismos jurídicos utilizados para ello, cuanto por el replanteamiento sistemático que realiza de determinados principios centrales del sistema de la contratación, de base romanista, del Código Civil. No es ya lo que de innovación pudiera haber aportado al introducir nuevos mecanismos de defensa (a veces solo en muy concretos aspectos, cuando no simples cambios de denominación) sino el recurso a los principios más esenciales que impregnan toda la regulación<sup>108</sup>.

---

107 Momento que suele identificarse con el discurso del Presidente Kennedy a la Asamblea General de la ONU de 15 de marzo de 1962, sobre adopción de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores que respaldaba una Resolución anterior de la propia organización, quedando así los derechos de éstos elevados a una posición de reconocimiento y legitimidad internacional.

108 ROCA GUILLAMÓN, J. (1998) “Los contratos de crédito al consumo: forma y contenido. Re-

En particular el fortalecimiento del principio general de buena fe y mecanismos de modulación como la equidad contractual coinciden con el esquema básico del diseño que resulta de una larga tradición proyectada en los textos de la Codificación. Concretamente, en nuestro Código Civil, en los artículos 1091, 1255, 1258 y 1269, además de la cláusula general del artículo 7.I CC. Otra cosa es que la obsolescencia de los instrumentos procesales para la efectiva protección que los ciudadanos de una sociedad masificada, e incluso la claridad legislativa, exijan metodológicamente, y en buena medida con razón, el desarrollo de toda una serie de previsiones bajo la forma de hipótesis específicamente prohibidas, como ocurre por ejemplo en la listas “negras” de cláusulas abusivas contenidas en el T. II, cap. I del TRLGDCU (RDLv 1/2007, 16 noviembre, artículos 85 - 90) a propósito de las condiciones generales de la contratación.

Sea por la razón que fuere, lo cierto es que la labor del legislador europeo, impulsada por esas razones políticas y muy especialmente en sede de protección de los consumidores, ha tenido la virtud de estimular su actividad también en otros sectores del Derecho privado, de modo que una UE en trayectoria ascendente tras la deglución por Alemania en los años noventa de las consecuencias de su unificación, las sucesivas ampliaciones de países miembros y la implementación, tras el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, de una renovada etapa integradora, y en particular con el impulso, superando quiméricas situaciones anteriores, de la efectiva implementación de la moneda única; todo ello, además, en un entorno económico favorable, tuvo la virtud de remover con fuerza la vieja aspiración a un derecho común llamado a ser un factor aglutinador para lograr esa imagen de identidad europea necesaria para alcanzar el objetivo político de la unificación. La consecuencia más importante desde el punto de vista que aquí nos interesa es que, al cabo, se cuenta con un elenco de principios y reglas integradas en el acervo comunitario que, o bien son de directa aplicación (*binding law*) o bien son comúnmente aceptadas mediante la voluntaria adhesión (*soft law*).

En España, el camino emprendido para la renovación legislativa del derecho de las obligaciones y contratos no parece haber tenido muy en cuenta el problema de la concurrencia de las dos distintas regulaciones,

---

embolso anticipado y cobros indebidos”. En Nieto Carol (coord.) *Crédito al Consumo y transparencia bancaria*. ed. CIVITAS, Madrid.

civil y mercantil y, hasta el momento, las tareas de las respectivas secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación no se muestran como un ejemplo de coordinación.

Como es sabido, existen hasta el momento tres sucesivas y bien conocidas propuestas, dos de la sección de Derecho Civil (Propuesta sobre compraventa de 2005, en adelante PCV 05<sup>109</sup> y «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en adelante PC 09)<sup>110</sup> y otra de la Sección de Derecho Mercantil de 16 de marzo de 2004 (en adelante PM 04)<sup>111</sup>.

Prescindiendo ahora de la relativa a la compraventa de 2005<sup>112</sup>, la cuestión es que las otras dos propuestas se refieren respectivamente a la actualización del derecho de contratos contenido en el Código de Comercio de 1885 y en el Código Civil de 1889 y ambas inciden en aspectos centrales de la materia de que se trata. Aunque la PC 09 es sin duda más amplia y completa, por ejemplo en el importantísimo tema del incumplimiento y sus remedios, hay una cuestión que la PM 04 apunta y que aunque yo no termino de verla como solución, si que al menos sugiere un camino que antes o después va a ser preciso desbrozar. Me refiero a la naturaleza mercantil o civil de determinadas normas que, en relación con el sistema de supletoriedad que propone, nos conduce de lleno al tema de las competencias autonómicas y a la consiguiente, para muchos indeseable, diversificación que podría producirse.

---

109 «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* nº 1998, mayo 2005, 108 ss

110 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero 2009, 5 ss

111 «Borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad» de 16 marzo 2004 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, febrero 2006, 605 ss.

n/b Ya en prensa este trabajo se ha difundido la nueva propuesta de Código Mercantil de octubre de 2013, que obviamente no he podido tener en cuenta, por lo que me limitaré a decir que en ella queda aun más patente, si cabe, la ausencia de coordinación con los trabajos de la Sección 1ª (Civil), sin que parezca que la nueva propuesta mercantil venga a mejorar el panorama descrito en el texto y si, acaso, a consagrar algunas notorias distorsiones.

112 Habida cuenta la naturaleza de este trabajo y el hecho de que la PC de alguna manera viene incidir de nuevo sobre aspectos ya previstos en la PCV, de modo que puede decirse que aunque con algunos matices existe una indudable línea continuista entre ambas. Sobre su propósito y significado, MORALES MORENO, (2003) "Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa" *ADC*, 2003-A, 1609 ss. Con lujo de detalles, FENOY PICÓN, Nieves, (2006) *El sistema de protección del comprador*, Madrid.

La remisión última que se hace en el artículo 50.2. I PM 04<sup>113</sup> a la legislación civil aparentemente no parece proponerse más que ningunear el carácter de derecho común tradicionalmente asignado al Derecho civil por los artículos 2 y 50 del CCo. Sin embargo este cambio se puede poner en relación con la finalidad que deja traslucir la Exposición de Motivos de la PM 04 de que, en aras de la unidad de mercado, la actividad económica disponga de una regulación única en todo el territorio del Estado, de manera que el carácter mercantil de una norma no se pierda por el hecho de que coincida en su contenido con otras del ámbito civil. Se ha dicho que ello se pretende lograr “con la técnica de hacer una regulación lo más amplia posible”, y se ha propuesto para contrarrestar las consecuencias de esta técnica - que sin duda tiene sus inconvenientes - recurrir a otra de remisión dinámica a ciertas normas civiles que por esa vía se convertirían en mercantiles<sup>114</sup>. Pero ello me parece que sería tanto como abrir una fuente inagotable de conflictos que a buen seguro tendrían entretenido al Tribunal Constitucional durante años, pues el problema de fondo es nada menos que la duplicidad de tratamiento entre el derecho estatal y el autonómico de ciertas cuestiones que afectan, y mucho, al tráfico económico pueda solucionarse mediante un sistema de remisión dinámica desde la norma mercantil a una civil, de forma que ésta última adquiriera la condición de mercantil y se eludiera así la aplicación del derecho territorial. Pienso que, y con mayor razón en estos tiempos, el problema requiere una solución más radical de modo que, sin margen a la duda, quede claro que en defecto de norma mercantil se aplicará la regulación civil única que representa el derecho estatal y no la contenida en el derecho civil de cada uno de los territorios. Quizá sería mas eficiente explotar la vía del carácter estatal de las bases de las obligaciones, que aplicado con cierto rigor, permitiera salvar ese importante riesgo de dispersión que afecta a la unidad de mercado.

---

113 PM, art. 50.1. «Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados con consumidores. 2. Los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas este código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil.»

114 FENOY PICÓN, (2010), 57. En lo que si tiene razón FENOY es al decir que duplicar las normas no es una buena técnica legislativa; pero no creo que el problema de fondo se pueda solucionar por esta vía que la autora propone. V. SALVADOR CODERCH. (1985) *La Compilación y su historia. Estudio sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona. También en “Comentario al artículo 1º” *Compilación Catalana* en Comentarios EDESA, dir. por M. Albaladejo.

Me limitaré ahora a plantear un segundo punto caliente de la PM 04 que es el de la naturaleza mercantil que reclama para los contratos con consumidores, de nuevo desde la perspectiva de la necesaria unidad de mercado, que se abre a partir de la declaración de su artículo 50.2.<sup>115</sup> Ciertamente solo razones de esta índole – eludir la perturbación, si se me permite la expresión, acaso un tanto exagerada- pueden justificar la consideración estrictamente mercantil de estas relaciones de defensa de consumidores y usuarios cuando la propia Exposición de Motivos del TRLGDCU afirma que el consumidor definido en la ley es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional; esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.<sup>116</sup>

No es posible desarrollar aquí con toda la extensión que merece el argumento que queda, no obstante, apuntado; pero nótese la importancia que para el contenido institucional del Derecho civil tiene un planteamiento como éste, en cuanto supone una nueva pérdida de una parte muy importante de las relaciones contractuales, sin que exista una justificación dogmática más allá de la puramente finalista de conservación de una unidad de mercado que, en cualquier caso, creo necesario preservar pero no por esta vía. Hace muchos años – desde mi tesis doctoral, sobre el contrato de *factoring* - que he venido defendiendo la idea de que es un error entrar al juego del planteamiento de la existencia real, sustantiva, de compartimientos jurídicos estancos en el derecho privado y ello empezando por el ámbito académico, donde acaso por creer que la dimensión colosal de nuestra disciplina nos deja indemnes ante los zarpazos de otras más jóvenes y de menor contenido, no siempre hemos percibido que en todos los casos el Derecho Civil es el objetivo a batir. Luego resulta que la realidad es otra bien distinta y cuando uno se aproxima al escenario del conflicto, de la confrontación de intereses, enseguida se advierte que ni los compartimientos son tan estancos ni hay institución alguna que no sea, en mayor o menos medida, permeable a otras disciplinas. Pero si eso es así en muchos

---

115 PM 04, artículo 50.2: « Serán aplicables a los contratos mercantiles con consumidores las normas para la protección de estos, establecidas en este Código o en leyes especiales».

116 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 2007 (TRLGDCU) *Exposición de Motivos*, III.

casos y muy claramente en la interrelación derecho público/derecho privado - véase si no el tratamiento que hace el derecho fiscal y no digamos la Administración tributaria, de instituciones civiles como el usufructo, la donación o los distintos mecanismos sucesorios; o en lo que ha desembocado la responsabilidad civil del Estado tras su afrancesada reconversión en responsabilidad “patrimonial” - mucho más grave es que eso ocurra sin salir del ámbito del derecho privado, donde la falta de respuesta sustantiva en el Código de Comercio a tantas cuestiones, no pocas veces ha sido despachada desde la óptica del civilista como una simple “insuficiencia” de la regulación mercantil que puede ser resuelta aplicando sin más los mecanismos del Código Civil. Si ello es cierto en muchos casos, no lo es en modo alguno siempre. Creer, y es solo un ejemplo, que los contratos bancarios, los contratos de financiación, determinadas garantías, el seguro, el derecho concursal o ahora el derecho del consumo son patrimonio exclusivo del derecho mercantil no supone más que permitir nuevas cesiones de contenido institucional de una disciplina, como es la nuestra, que si desde luego no necesita reinventarse, si requiere reordenarse, sobre todo en determinadas parcelas, y con carácter urgente en el derecho de contratos.

## 10. DERECHO CIVIL ESTATAL Y DERECHOS CIVILES TERRITORIALES

La diversidad legislativa civil interna de algunos países comunitarios (España, Reino Unido) genera una complicación añadida a la hora de la armonización del derecho contractual europeo por cuanto, aún teniendo la necesidad de mantener un mercado único - y no ya por imperativos legales sino por razones de pura eficiencia y racionalidad económica<sup>117</sup> -

---

117 MORGAN STANLEY RESEARCH May. 31.2012 “*Spain: Searching for a Circuit-Breaker: Policy Options and Investment Implications*”. El informe, coadyuvante en importantes decisiones empresariales de inversión en España, aun reconociendo el esfuerzo del gobierno español y los costos asociados al mismo, es demoledor en ciertos aspectos, y aunque es moderadamente optimista en otros - por ejemplo, respecto de la potencial capacidad para equilibrar la economía a través de las exportaciones, o afirmar la solvencia del gobierno español- llega a acusar en su apartado *The Spanish Regions and the Commitment Problem* (p. 14). la existencia de un defecto de soberanía del gobierno central para poder implementar las medidas necesarias para afrontar el déficit público al ser éste compartido con autonomías y municipios. Considera que la percepción extendida en los mercados es que mientras este problema no se solucione la eficacia de los planes de control de gasto del gobierno central será sobrevalorada y en consecuencia poco creíble: “*These concerns seem especially acute in decentralised countries like Spain*”, concluye. Pero la insostenibilidad financiera de

sin embargo se encuentran con la coexistencia de distintos ordenamientos jurídico-privados, por lo que es preciso recurrir a un sistema de normas de conflicto, lo que en España se resuelve por la vía del artículo 10.5 al que se remite el artículo 16 del Código Civil.

Al respecto interesa tener en cuenta que el Reglamento ROMA I, al igual que el Convenio de Roma (CR) no se ocupa de los conflictos de leyes internos: en nuestro caso, aquellos que puedan surgir en materia contractual entre las distintas regulaciones civiles que coexisten en España. Así lo indica el art. 22.2 RR I *“Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales”* (cfr. también, artículo 19.2 CR). Por tanto ROMA I, al dejar intactos los criterios internos de resolución de conflictos de leyes, lo más que hace es incitar a la reflexión sobre el problema desde una visión de futuro.

Ello conduce a plantearnos si en el marco de un derecho europeo armonizado, frente a lo que ha hecho el legislador comunitario, no sería conveniente que los conflictos internos de leyes se resolvieran recurriendo a criterios supraestatales, por unos mismos cánones o pautas, lo que, al ser éstos comunes, cabalmente significaría acabar con tales conflictos. Es decir, el Derecho común de contratos europeo terminaría en lo esencial con las peculiaridades que en España pueden distanciar el Derecho civil estatal de aquellos otros, territoriales, que solo en muy concretos aspectos, a menudo marginales o testimoniales, pueden ofrecer diferencias sustantivas. Porque, cuando menos, es legítimo preguntarse si, por ejemplo - y no es más que un ejemplo, que en absoluto pretende ser peyorativo - realmente las valencianas ventas *a l'ull o per alfarrasar y al pes o per arrovat*

---

la actual estructura del Estado autonómico no es algo exclusivo de este informe y es una sensación que va paulatinamente tomando cuerpo entre la opinión pública y lo que es más importante y grave, en las instituciones europeas. La preocupación ha crecido en los sectores económicos y en las organizaciones empresariales desde que la ya explicitada apuesta soberanista de la *Generalitat* catalana, por ahora traducida en la convocatoria electoral anticipada de 25 de noviembre, ha vuelto a poner en candelerio el problema de la afectación al mercado único (así, Joan Rosell, presidente de la CEOE en *Cinco Días*, 23/9/2012) como consecuencia de las declaraciones de independentismo vía referéndum o de una proclamación unilateral de independencia; y ello aún cuando tales declaraciones (entre otros del portavoz del gobierno catalán, Francesc Homs) pudieran interpretarse como un simple pulso al gobierno del Estado ante la negativa al Pacto Fiscal como solución al problema de la financiación.



podrían justificar un obstáculo a los indudables dividendos de la seguridad jurídica y la eficiencia económica. Consciente de lo que de exageración pueda haber en estas afirmaciones, sin duda aquí podríamos pasar un buen rato discutiendo argumentos a favor y en contra; pero difícilmente la cuestión podrá ser entendida, y menos compartida, por un inversor o un analista internacional.

Aunque el planteamiento no es el mismo, algo parecido podría ocurrir con la posibilidad de impugnación de un contrato, bien sea por la venerable lesión *ultradividuum*, bien mediante el ejercicio de una acción de anulación por “excesiva desproporción”, en la moderna terminología del artículo 3.10 de los Principios UNIDROIT o “explotación injusta” como se la ha dado en llamar más recientemente y se recoge tanto en la Propuesta de Modernización española de enero de 2009<sup>118</sup> como en la Propuesta de Reglamento de Compraventa europea de 2011 entre las causas de anulación del contrato.<sup>119</sup> En cualquier caso, simplificando, excesiva onerosidad para una parte y excesiva ventaja para la otra, o lo que es igual, desequilibrio en las prestaciones provocado por la concurrencia de circunstancias estructurales o genéticas – no sobrevenidas- que objetivamente cabe calificar de injustas por razón de “estado de peligro”<sup>120</sup>, necesidad apremiante o inexperiencia<sup>121</sup>. Nótese que esta doctrina solo es aplicable a la fase de

---

118 Artículo 1301 PC: “Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”.

119 Artículo 51 PRCV *Explotación injusta*. “Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y b) esta otra parte sabía o debía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta.”

120 cfr. artículo 1447 *Codice civile* de 1942.

121 En cualquier caso situaciones moralmente injustificables a las que, tanto en los países de la *Commonwealth* como en EEUU, se aplica la muy arraigada (*long-standing*) *case law doctrine of unconscionability* (*unconscionability doctrine* o *unconscientious dealings*), decisiones sin sentido, inconscientes, obscenas, con un exceso de paternalismo o poco medítadas que los tribunales anulan por la falta de equidad de sus consecuencias: PRIESTLEY, (1986) “Unconscionability as a Restriction on the Exercise of Contractual Rights” en CARTER, (ed.), *Rights and Remedies for Breach of Contract*. «A stronger party might behave unfairly in dealing with a complaint, for example, but that will never strictly be unconscionable under the case law, because it does not relate to the formation of the contract. This distinction is often described as being the difference between “procedural unconscionability” and “substantive unconscionability”, and the courts have

formación del contrato, para paliar el defecto estructural proveniente de un consentimiento defectuosamente formado, pero no a la fase de desarrollo y no se aplica a las decisiones o conductas observadas durante su curso<sup>122</sup>.

La proyectada introducción en nuestro Derecho contractual, vía artículo 1301 de la PC 09<sup>123</sup>, de un remedio históricamente cuestionado como éste –por más que mantenga su equivalente económico en la venta con *engany a mitges*- se justificaría al margen de sus posibles bondades intrínsecas, por el esfuerzo de aproximación entre ordenamientos que ello supondría, lo que convertiría al legislador español, de llegar a buen puerto, en un adelantado de las tareas armonizadoras del derecho privado, y en concreto de su parte más importante, como es el derecho de la contratación

Concretamente en materia de contratos - como en otras reservadas a la competencia estatal por el artículo 149.1. 8º CE - la cuestión de la capacidad autonómica para incidir en dicho campo<sup>124</sup> parece haber generado siempre una suerte de prevención general y recíproca que se proyecta en las disposiciones finales de cualquier norma estatal donde el legislador parece excusarse por haber legislado y se justifica diciendo que lo hace al amparo de cierto precepto constitucional, tratando de blindarse ante un posible recurso de inconstitucionalidad. En ese escenario mientras que los servicios jurídicos del Estado y de las Cortes Generales parecen haber encontrado fórmulas mágicas que llevan a una suerte de cláusulas estandar-

---

tended to focus on procedural unconscionability when they have considered the cases before them. Substantive unconscionability leads to a consideration of the overall fairness of the outcome of contracts, and the courts have been reluctant to make decisions on this basis».

122 Entre nosotros, últimamente, BOCH CAPDEVILA (2012) “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” en Boch Capdevila (dir.) *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* ed. Boch, Barcelona, 365 ss

123 “Propuesta de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.” *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009. Artículo 1301. “Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico.”

124 Generalmente favorecida por haber sido incluida en las enumeraciones de los Estatutos de Autonomía, bien sea en su primitiva redacción, bien en la resultante de las más recientes reformas estatutarias de los últimos años.

dizadas de justificación<sup>125</sup>, la argumentación de los juristas “territoriales” es más alambicada y no exenta de cierto *fumus florentino*, naturalmente puesta al servicio de la idea matriz (pensamiento único) de la “complitud” o integridad del Derecho civil de que se trate. Ello es especialmente patente entre ciertos juristas catalanes - no todos- y últimamente también entre algunos valencianos, que tratan de despejar el camino a los políticos que en aras de un nacionalismo militante se encargan de recoger tales argumentos y trasladarlos al foro parlamentario.

Hace ya muchos años que el Profesor LACRUZ BERDEJO ofrecía, con cita de VILLAVICENCIO, una solución, fácil y coherente, a muchos de los problemas que entonces se planteaban respecto de la aplicación de determinadas normas con carácter supletorio: simplemente, legislar.<sup>126</sup> Y no le faltaba razón al recordado maestro, pues al ejercitar la competencia se toma la iniciativa y se traslada al Estado la responsabilidad de recurrir o no al TC, decisión en la que ya pueden jugar factores de oportunismo político que acaso terminen por convertir determinadas situaciones en irrever-

---

125 Muy simple en algunos casos [cfr. *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* Disposición final primera. *Título competencial*. «La presente Ley orgánica se aprueba en desarrollo del artículo 135 de la Constitución»] y *ratione materiae*, naturalmente más retórica en otros [Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disposición final decimioctava. *Fundamento constitucional*. «Esta Ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación procesal; de lo establecido en el artículo 149.1.7.ª y 17.ª de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre las materias de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, respectivamente, y de lo establecido en el artículo 149.1.14.ª, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Hacienda general y Deuda del Estado, sin perjuicio de los requerimientos del Concierto Económico Vasco y del Convenio Económico de la Comunidad Foral de Navarra»]. En un punto intermedio se situaría la acertada, simple y suficientemente precisa fórmula de la Propuesta civil de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación de 2009, cuyo artículo cuarto reza: *Aplicación general de la reforma legal propuesta*. «La presente Ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8º de la Constitución, por lo que será de aplicación general».

126 LACRUZ /SANCHO /LUNA /DELGADO, “Elementos de Derecho Civil” *Parte General del Derecho Civil v. I*, Introducción, BOSCH, Barcelona, 1988. p. 125: literalmente dice: “La superioridad genérica del Código civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos, la afirma ahora (no ya el art.13 Cc sino) una norma de rango superior, cual es el art. 149.1 81 Const. (recogida a su vez en cada uno de los Estatutos). Los legisladores autonómicos no podrían establecer un Derecho supletorio distinto. Pero sí pueden reducir y, en el límite, evitar totalmente, la aplicación de las reglas del Código en el ámbito en que este es realmente supletorio, y no de aplicación directa: es decir, en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad. Para ello basta con legislar. La supletoriedad del Derecho estatal es, por tanto, contingente y transitoria, en tanto las comunidades no ejerzan su competencia disponiendo directamente: es supletoriedad «por falta de actividad del poder competente» (VILLAVICENCIO)”

sibles aunque jurídicamente sean muy discutibles y constitucionalmente inadmisibles<sup>127</sup>.

El que podríamos llamar “razonamiento catalanista” lo expone en síntesis muy bien Esteve BOCH CAPDEVILA, en un discurso que parte de dar por supuesto que el Código Civil de Cataluña debería recoger toda la materia civil vigente en Cataluña, y al que no se le puede negar coherencia con su objetivo último. El propio autor señala la excesiva prudencia de que, a su juicio, hace gala el legislador catalán a la hora de abordar el proceso de codificación por temor a un posible recurso de inconstitucionalidad, a pesar de lo cual propugna la viabilidad de un Libro VI del Código Civil de Cataluña considerando que los aspectos competenciales no deberían ser un obstáculo y ello aún admitiendo -no puede hacer otra cosa- que es competencia del Estado la regulación de las bases de la obligaciones y que sería razonable que si dichas bases existiesen, el Libro VI debiera ajustarse a ellas.

El argumento de la *completezza* o integridad del futuro Código civil de Cataluña, y en particular por lo que afecta al libro VI cuenta a su favor – hasta cierto punto - con que la STC 31/ 2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña ha venido a consagrar la constitucionalidad de la interpretación que el legislador catalán venía haciendo sobre el alcance del artículo 149.1.8º CE vertida en el artículo 129 del Estatuto, de modo que todo lo que no es competencia exclusiva del Estado es competencia de la *Generalitat* (FD 76). Pero, a pesar de su acostumbrada tibieza, lo que no hizo el TC en la repetida Sentencia es delimitar de manera precisa cual sea el alcance de esas competencias, ni por lo que se refiere al Estado (respecto del cual parece que queda en pie cuanto con anterioridad se había dicho sobre el significado del artículo 149. 1. 8º <sup>128</sup> y, en particular, la reserva competencial sobre la determinación de las bases de las obligaciones con-

---

127 En esa misma línea, aunque con menos convicción, ROCA GUILLAMÓN, “Nota introductoria”, *Derechos Civiles de España*. (coord. R. Bercovitz/ J. Martínez Simancas, SCH/ ARANZADI, 2729 ss *passim*)

128 A pesar de todas las peripecias suscitadas en torno a la Reforma del Estatuto de Cataluña, creo que mantienen su plena vigencia las conclusiones de R. BERCOVITZ expuestas en su trabajo “Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149. 1. 8º de la Constitución” en Moreno Quesada (coord.) *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* Madrid, 1989, 98 ss. En la misma obra, RODRIGUEZ MARIN, Concepción, “Sobre la interpretación de la expresión «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149. 1. 8º de la Constitución”, 255 ss

tractuales<sup>129)</sup> ni, desde el pleno respeto a la competencia autonómica sobre la legislación civil propia, igualmente sin precisar los límites de la misma, en los términos de la STC 88/1993.

En realidad aquí caben las siguientes hipótesis:

(i) Admitir que en cualquier caso la competencia es estatal, lo que, para empezar, ya es difícil de eludir, ante los términos concluyentes en que se expresa la CE.

(ii) Si las bases de las obligaciones contractuales existen, cosa que también es difícil de refutar, pues es obvio que el propio Código civil y la legislación extravagante (arrendamientos, contratos agrarios) responden a unos patrones cuyo límites marcan el orden público económico y algunos principios básicos (buena fe, justificación de las atribuciones patrimoniales) igualmente habrá que admitir que, constitucionalmente, solo el Estado puede legislar actuando sobre ellas y por tanto no pueden ser alteradas por el legislador catalán ni ningún otro.

(iii) Si es que se parte de otra idea de “bases de las obligaciones”, y en su virtud se considera, como a veces se sugiere, que no existen tales bases porque el legislador estatal nunca las ha dictado, lo inmediato que se sigue es algo así como que todo el vigente derecho contractual español, civil y mercantil, estaría huérfano de principios generales a los que respondiera, de suerte que sus reglas serían una amalgama asistemática y preñada de contradicciones internas, próximas al caos. Lamentablemente, a veces se habla del Código civil español con una ligereza sorprendente por venir del ámbito académico, como si se tratara poco menos que del “derecho de la aldea”; como si, como muchas veces ocurre, no respondiera a los mismos patrones históricos que algunos de los novedosos “descubrimientos del Mediterráneo” que, eso sí, traducidos del inglés y bajo palabra de honor, se nos muestran como el no va más de la modernidad y la eficiencia.

(iv) También podemos pensar que tales bases existen, pero que simplemente no nos complacen (por su obsolescencia, por su origen “centralista”,

---

129 Cfr. STC 71/82, 30 noviembre.

porque responden a una tradición “visigótica” en vez de romano - canónica por lo que sea), pero la conclusión seguirá siendo la misma: mientras no se cambie la Constitución, la competencia es del Estado.

A partir de ahí es donde se produce el rizo del razonamiento, recurriendo para ello a una propuesta de la Dra. ROCA TRÍAS según la cual “habría que estar atentos a la evolución de los trabajos de un hipotético Código civil europeo, que podría constituir las bases de las obligaciones a que se refiere la competencia del artículo 149.1.8º CE”<sup>130</sup>, de donde por algunos se concluye que no existe ningún argumento sólido para negar la competencia de la *Generalitat* de Cataluña para legislar en materia de obligaciones y contratos, respetando las líneas esenciales de dichas propuestas. Ocurre sin embargo que tal conclusión peca de que la premisa mayor hoy por hoy no tiene más fundamento que la sugerencia de que ese conjeturado Código europeo de que habla E. Roca Trías, y que todos auguramos que algún día llegue, pueda ser utilizado como depositario de las nuevas bases de las obligaciones contractuales.

Frente a ello cabe observar que la ilustre académica y magistrada se limitaba a recomendar “estar atentos a la evolución de los trabajos”, pero en ningún momento dice que tales trabajos constituyan ya las bases a las que habría que recurrir por el legislador catalán ante la inactividad del legislador español, sino que lo que parece querer decir es que tales bases serán las que aparezcan incorporadas al código civil europeo, cuando este sea una realidad, y eso si es que llega a serlo en un plazo razonable. Otra cosa sería tanto como presuponer que las actuales propuestas de armonización van a ser necesariamente asumidas en su totalidad en el futuro por el legislador comunitario y en sus mismos términos.

En cualquier caso hasta que el Código europeo no alcance la categoría de derecho vigente en España, sea por aplicación directa si es un reglamento, o mediante transposición si una directiva, adelantarse tanto a los acontecimientos tiene el peligro, si se me permite la expresión, de “salirse de pista”, y ello por dos razones: (i) Una, ya apuntada antes (*supra*, *sub*

---

130 En la contestación al discurso de ingreso a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña del Profesor Juan Egea Fernández; citado por BOCH CAPDEVILA (2012), “Introducción” en Boch Capdevilla (coord.) *Nuevas perspectivas del derecho contractual* ed. Boch, Barcelona.

7) respecto del que he llamado “efecto mimético” sobre la jurisprudencia inferior de la cada más frecuente referencia a los PECL y al DFCR en algunas sentencias de la Sala 1ª, con el riesgo de utilizar conceptos y preceptos obedientes a un fundamento acaso distinto del de nuestro derecho vigente, para interpretarlo e incluso para fundamentar en ellos la resolución recaída, lo que obviamente hace resentirse a la seguridad jurídica. (ii) Y la segunda, porque es legítimo que, visto con alguna distancia, se plantee la reflexión de por qué ha de ser el derecho de obligaciones y contratos de Cataluña el que se haya de ajustar a unas propuestas (hoy por hoy mayoritariamente académicas) del siglo XXI<sup>131</sup> y no ser el Derecho del Estado quien las asuma primero, pues es a éste al que corresponde sentar esas nuevas bases a las que habrán de ajustarse los derechos territoriales, respetando así el precepto constitucional del artículo 149.1.8º CE,

Acaso por ello, de modo más matizado, VAQUER ALOY<sup>132</sup> expresa sus dudas sobre el contenido concreto que pudiera llegar a tener el Libro VI del Código Civil de Cataluña, en particular respecto de una teoría general de las obligaciones y del contrato que, de quedar incompletas, requerirían de la supletoriedad del Código Civil al que, eso sí, considera anticuado e ineficiente en tanto no se proceda a su modernización.

Pero la conclusión, y quiero insistir en ello, no necesariamente ha de ser anticipar el Libro VI del CCCat, prescindiendo de cualquier orientación, principio o guía que tenga su origen en el Código Civil español, sino que, en un orden de cosas más ajustado a la Constitución, las referencias básicas del Libro VI del Código catalán en cuanto a la regulación de las obligaciones y contratos debe estar en el Código Civil según la versión que resulte de la modificación que en su momento respalden las Cortes Generales; y ello aunque a la postre inevitablemente vengán a coincidir en muchos puntos, al tenerse que seguir, en cualquier caso, las orientaciones del *soft law* comunitario.

Nótese que las consecuencias de no hacerlo así quizás pudieran no ser tan irrelevantes. A título de simple ejemplo recuérdese la discutida

---

131 La conclusión de Esteve BOCH (2012) es “Y en cualquier caso. ¿no resulta más razonable que el derecho de obligaciones y contratos vigente en Cataluña se ajuste no a un Código del siglo XIX, sino a unas propuestas del siglo XXI?” “Introducción” cit., 29. A lo que cabe responder que naturalmente que sí, pero por su orden.

132 VAQUER ALOY (2012), “Marco general”, cit., 45

vigencia en Navarra del artículo 85 CCom que prevé la adquisición inmediata por el comprador de los bienes muebles y mercaderías adquiridos en almacenes abiertos al público, ello debido a la raigambre romana de la norma de la ley 355 del Fuero Nuevo, que exige que las cosas objeto del contrato *se entreguen por su propietario en virtud de un convenio que justifique la transmisión*<sup>133</sup>, lo que lleva a hacer dudar no ya de la compatibilidad de esta norma con el sistema de adquisición mobiliaria del Código Civil, sino también si, desde el punto de vista de la seguridad del tráfico jurídico, es conveniente su mantenimiento en el Derecho de Navarra en cuanto, en palabras de M<sup>a</sup> Angeles EGUSQUIZA, pudiera ser contraria al orden público económico.<sup>134</sup>

Las consideraciones que acabo de exponer no deben inducir a la errónea conclusión de estar guiadas por un antiformalismo genético, una falta de sensibilidad autonómica o formuladas desde una postura jurídicamente antiterritorial porque ello no es así y nada más lejos de mi intención. En primer lugar, y sobre todo, porque necesitamos renovar nuestro Derecho de contratos, y tengo la convicción, creo que todos estamos convencidos de ello, de que la única manera de conseguir el objetivo de contar en toda España con un derecho de contratos moderno y adecuado a las necesidades del tráfico de nuestro tiempo es aprovechar la coyuntura de la armonización que la UE ha emprendido. Hay otras parcelas del Derecho Civil en las que los Derechos territoriales se manifiestan con todo su vigor, y así nos lo demuestra la contemporánea codificación catalana a la que no parece que pueda objetársele nada al respecto. Pero acaso no ocurre lo mismo con el asunto que aquí nos ocupa<sup>135</sup>.

La materialización de la importante labor realizada por la Comisión General de Codificación no debe verse obstaculizada por viejos rescollos y “hechos diferenciales” más o menos extemporáneos que puedan

---

133 FN Ley 355: “La propiedad de las cosas se adquiere por acto de disposición *mortis causa* o por la entrega de las mismas hecha por su propietario en virtud de un convenio que justifique la transmisión. También puede adquirirse por la usucapión o prescripción adquisitiva, por hacerse una cosa accesoria de otra principal y por disposición de la Ley”. HUALDE MANSÓ, M<sup>a</sup> Teresa, “Comentario a la Ley 355” en Rubio Torrano (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil de Navarra* Aranzadi, 2002

134 EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Angeles, (2002) “El Derecho Patriinonial: ese gran desconocido”, *Revista jurídica de Navarra*, n<sup>o</sup> 33, 48

135 V., no obstante, GETE ALONSO, Carmen, “El Libre sisè del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo” *In Dret*, febrer, 2009



dificultar o retrasar, si no impedir, una unificación que los tiempos y las circunstancias demandan. Lo que no implica, antes al contrario, desdeñar el conocimiento y los avances doctrinales y legislativos, muy valiosos, obtenidos precisamente en la experiencia de los Derechos territoriales. Remar en direcciones distintas nunca permitió avanzar en nada y honestamente creo que en estos tiempos, de oscuro panorama económico y social, no estamos en posición de perder oportunidad alguna que pueda contribuir a mejorar nuestra frágil situación. La dispersión de esfuerzos no es sostenible tampoco en lo jurídico; y si encima no se ve que sea estrictamente necesaria, más allá de ciertas autocomplacencias políticas, no parece que podamos permitirnos mantenerla por mucho tiempo<sup>136</sup>.

La recientemente anunciada convocatoria unilateral de consultas plebiscitarias sobre la independencia de alguna comunidad autónoma, hace dudar aún más, si cabe, de la esperanza de llegar a algún tipo de acuerdo político que permitiera minorar las consecuencias de la dispersión legislativa en materia de obligaciones contractuales que se percibe en un horizonte no muy lejano, y cuyo paradigma sería la promulgación del Libro VI del Código Civil de Cataluña. Sería ingenuo creer que en la radicalizada situación actual es factible llegar a un criterio que permita el consenso necesario para ello, aunque desde luego creo que no será por razones sustantivas, pues contamos con la oportunidad de entendimiento entre juristas académicos y el resto de operadores jurídicos que brinda el actual proceso de armonización del derecho contractual en la UE unido a la necesidad de renovación y modernización del mismo en el espacio jurídico español.

A modo de conclusión, sin duda existe un encadenamiento entre distintos procesos, todos ellos complejos y en plena evolución que, por cuanto aquí interesa y referidos al derecho de contratos, se sintetizan en los tres que se integran en el título de esta ponencia:

(a) modernización del derecho civil español adecuándolo a las actuales necesidades del tráfico patrimonial tanto entre sujetos consumidores o no, como entre empresas.

---

136 De nuevo remito a las críticas consideraciones del antes citado *Informe* de MORGAN STANLEY (*supra*, nota 117); pero como es notorio, a estas alturas las llamadas de atención en el mismo o parecido sentido son numerosas y dignas de tener en cuenta, aunque sea solo por razón de su procedencia.

(b) unificación, proyectada en la doble dirección de (i) una normativa común que elimine la actual diversificación, más formal que material, entre las regulaciones civil y mercantil y (ii) el mantenimiento de la unidad del derecho estatal de las obligaciones contractuales desde el respeto al planteamiento constitucional vigente.

(c) la armonización del derecho de contratos en el espacio de la UE, pues sería un error de bulto no aprovecharlo como instrumento para lograr los anteriores objetivos.

Obviamente todo ello requiere de un impulso oficial que en estos momentos es muy dudoso que entre en los cálculos del gobierno español, aún cuando el estímulo de algunas de estas políticas, por sí solo, podría justificarse estratégicamente mucho más que otras iniciativas meramente coyunturales y por tanto sin apenas consistencia, como demuestra el hecho de que algunas hayan pasado rápidamente al olvido, mientras que avanzar en la línea aquí sugerida posee un calado histórico sobre el que me parece que hay que insistir.

Tengo la convicción, sin duda compartida por muchos de nosotros, de que tenemos la responsabilidad corporativa de reclamar públicamente la atención de los poderes gubernamentales, y demandar ese impulso político al que antes me refería, sea bajo la forma de “conclusiones” de estas jornadas, acuerdos del tenor que fueren, promover nuevas reuniones o foros de discusión como se quiera instrumentalizar, pero hacer algo positivo. Me parece que como asociación de académicos estamos moralmente obligados a ello, y desde luego, al margen de la finalidad esencialmente divulgativa de estas cuestiones - objetivo que me movió a plantear una ponencia de carácter general antes que abordar monográficamente algún aspecto puntual – ese es el otro de los propósitos perseguidos: tratar de que de aquí salga alguna propuesta concreta, fruto de la reflexión serena, del debate, del convencimiento de su necesidad y del mayor grado posible de consenso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUIS GROUP, *Draft Common Frame Reference*. Full edition. Definitions and Model Rules of European Private Law Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law. 2009

ALBIEZ DOHRMANN, Jochen (dir), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. (coord.: M<sup>a</sup> Luisa Palazón y M<sup>a</sup> Mar Méndez) Atelier, Barcelona, 2011

ALFARO AGUILA –REAL, Jesús “La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: perspectiva” en Cámara Lapuente, Sergio (coord.) *Derecho privado europeo*, 2003, 107-128

ALONSO GARCÍA, R., “El Soft Law Comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n<sup>o</sup> 154, Enero- Abril, (2001) 63 -94.

ALVARADO HERRERA, Lucía (coord.) *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona. 1998

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Sevilla. 1999

ASCARELLI, T., “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale” *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, 1 ss

ASSOCIATION HENRY CAPITANT des Amis de la culture française *Droit Européen des contrats. Cadre commun de référence. Principes contractuels communs*. Société de Législation Comparée, Paris, 2008 ([www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/Engl.](http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/Engl.))

ATIENZA, Manuel, “El argumento de autoridad en el Derecho” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n<sup>o</sup> 30, junio 2012, 14 ss

BELTRAN SANCHEZ, Emilio, “La unificación del Derecho Privado” (1995) *Revista Jurídica del Notariado*, enero 1995, 51 ss

BERCOVITZ, Alberto, “En torno a la unificación del Derecho Privado” *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976. I, 151 ss

BERCOVITZ, Rodrigo, “Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149. 1. 8ª de la Constitución” en MORENO QUESADA, Bernardo, (coord.) *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* Madrid, 1989, 98 ss.

\_\_\_\_\_, “Codificación civil y codificación mercantil” *Centenario del Código civil*, APDC, v. I, Madrid, 1990, 287 ss

BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhesion*. L.G.D.J., Paris, 1973.

BOCH CAPDEVILLA, Esteve, (coord.) *Derecho Contractual Europeo* ed. Boch, Barcelona, 2009

\_\_\_\_\_ “Introducción”, en Boch Capdevilla, (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual* ed. Boch, Barcelona. 2012

\_\_\_\_\_ “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” en Boch Capdevilla (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, ed. Boch Barcelona, 2012

BROSETA PONS, M., *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid. 1965

BUSSI, Emilio, “La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune” en ROTONDI, Mario (dir), *Studi di Diritto Privato*, T. XXVII, CEDAM, Padova, 1937 y T. XXVII bis, 1939 (*ristampa* 1971)

CABANILLAS SANCHEZ, A., “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (estudio preliminar y traducción)” *Anuario de Derecho Civil, (ADC)*, 2007, 621 ss

CALVO CARAVACA, A. L., “El «Derecho internacional privado multicultural» y el *revival* de la ley personal” *LA LEY* 4988/ 2012.

CALASSO, F., *Introduzione al Diritto Comune (Il diritto comune como fatto spirituale)*, 1951 106-7

CARRASCO PERERA, Ángel *Derecho de Contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi 2010

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Estudio sobre la compatibilidad de las normas que regulan la garantía personal independiente en el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* con el Código Civil español”. *Revista de Derecho Privado (RDP)*, marzo-abril 2011, 29 ss

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. *La causa del contrato*. Bolonia, 1998.

CLEMENTE MEORO, Mario, “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española” *Boletín del Ministerio de Justicia, (BMJ)* nº 2131, mayo 2011.

COCA PAYERAS, Miguel, “El derecho contractual europeo y la armonización del derecho civil en la Unión”, en FERRER VANRELL, M<sup>a</sup> Pilar / MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (Dir.), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales*, Dykinson, Madrid, 2009, 34-47.

DAVID, René / JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grandes Systèmes de Droit contemporains*, 10<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris1992

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” *ADC*, XIV, 2, 1961, 295

\_\_\_\_\_  
*El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1971 (reimpresión ed. Civitas, Madrid, 1985)

DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, “Meditaciones sobre la causa” *RCDI*, 1978, 637 ss

DIAGO DIAGO, *María del Pilar*, “Gentlemen’s agreements y contratos de financiación internacional” *Cuadernos de Derecho transnacional* (CDT) ed.digital Universidad Carlos III V. 4, (2012) nº 1

DIAZ ALABART, “La armonización del derecho de contratos en la UE y en el continente sudamericano” *RDP*, 6, agosto 2012, 115-116

DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, Luis, “El concepto de causa en el negocio jurídico” *ADC* 1963, 3 ss.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (6ª ed.) Civitas. Madrid, 2007.

DIEZ - PICAZO/ ROCA i TRIAS/ MORALES MORENO *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Cívitas, Madrid. 2002

DOLAT, *Les contrats d’adhesion*, Paris, 1905

DORS, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed. Pamplona, 1986.

DOWDY/ DORGAN/ RIPPIN / VAN REENEN/ BLOOM, “Management matters” *McKinsey Quarterly* 2005

DURÁN RIVACOBA, Ramón, “Apunte sobre la propuesta de reforma del derecho de obligaciones y contratos” en Sánchez/ Gardezábal/ Garrido (coords.) *Homenaje a Victor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Notariado, 2010, 219 ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Angeles, “El Derecho Patrimonial: ese gran desconocido”, *Revista jurídica de Navarra*, n<sup>o</sup> 33, 2, 2002, 39 ss

EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), (2012) *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* COM 2011 635 Final

FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006

\_\_\_\_\_ “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento” *ADC*, LXIII 2010, fasc. 1, 47 ss

\_\_\_\_\_ (2011) “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento” *ADC*, LXIV 2011, fasc. IV, 1482 ss

\_\_\_\_\_ (2013) en SCHULZE, Reiner- ZOLL, Fryderyk (ed.) *The Law of Obligations in Europe (A New Wave of Codifications)* Sellier European Law Publishers, Munich, 2013

FERNANDEZ GONZALEZ, M<sup>a</sup> Begoña, “La forma del contrato: su regulación en el derecho contractual europeo” *RDP*, 2011, 4, 67 ss

GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones formulada por la Comisión General de Codificación)” *RDP*, 2010, 29ss.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Causa y garantía fideiuciaria*, Tirant, Valencia, 2012

GANDOLFI, Giuseppe, “Il progetto “pavese” di un codice europeo dei contratti”, *Rivista di diritto civile*, 2001 Vol. 47, n° 4, 455

GARCIA CANTERO, Gabriel “El Anteproyecto de Código europeo de contratos -Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía” en Cámara Lapuente (coord.) *Derecho privado europeo*, 2003 205-216

GARCIA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, “Hacia un Derecho europeo de contratos”, en Pérez Carrillo (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*. Bosch, Barcelona, 2005, 83 s

GETE-ALONSO CALERA, Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona. 1979

\_\_\_\_\_ “El Libre sisè del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo” *In Dret*, febrer, 2009

GIROLAMI, Matilde, “Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano” *Rivista di diritto civile*, (*Rdc*) 2012, v. 58, n° 2, 243 ss

GOMEZ POMAR, Fernando “El debate europeo sobre el Derecho contractual y los mercados jurídicos” *InDret* 4/ 2010 ([http://www.indret.com/pdf/ed\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/ed_es.pdf))

GOMEZ POMAR Fernando / GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José, “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”, *InDret*, 2/ 2011, 1-29

GOMEZ POMAR, F. / GILI SALDAÑA, M. “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret* 1/2012. ([www.indret.com](http://www.indret.com)).



GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, “Los principios Lando”, en BOCH CAPDEVILA (dir.) *Derecho contractual europeo. Problemática, propuesta y directivas* ed. BOSCH. Barcelona 2009

GONZALEZ PORRAS, José Manuel, “Algunas observaciones sobre el proyecto de un código europeo de obligaciones y contratos” *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho registral*. Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Córdoba, 2010 Vol. 1, 451-468

HEREDIA CERVANTES Iván, “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones” *LA LEY*, nº 7933, 28/09/12

HILLGENBERG, Hartmut, “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, 1999 nº 3, 499-515. Accesible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/reprint/10/3/499>

IGLESIAS BUHIGUES, José Luís, “La cooperación judicial en materia civil antes y después del Tratado de Ámsterdam” *Revista General de Derecho* 1998 nº 644, 5857 ss

INFANTE RUIZ, F. J., “Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo”, *InDret*, 2008, 2/, 2 ss

JONES, Elio, *The Trust Problem in the United States* Macmillan Co., New York 2010

JORDANO BAREA, Juan, “La causa en el sistema del Código Civil español” *Estudios en homenaje al Profesor José Luis Lacruz*, 1992I, 457 ss

JÖRS, P. / KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*, trad. L. Prieto- Castro, ed. Labor, 1937

LACRUZ / SANCHO/ LUNA / DELGADO, “Elementos de Derecho Civil” *Parte General del Derecho Civil* v. I, Introducción,

BOSCH, Barcelona, 1988.

LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio a otras Leyes” *Revista Derecho Privado* 1976, 590 ss.

LANDO, Ole, “European Contract Law”, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993

LANDO, Ole/ BEALE, Hugh, (edit.), *Principles of European Contract Law* (parts I and II). Kluwer Law Int., 2000. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, *Principios de derecho contractual europeo: (los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)* Colegios Notariales de España, Madrid, 2003-2007.

LANGLE, E, “Las directrices fundamentales del Derecho Mercantil”, *RDM*, 1947 390 ss.

LETE ACHIRICA, Javier, “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales” *Actualidad Civil*, 1996, 127 ss

\_\_\_\_\_ “La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?”, en García Rubio, M<sup>a</sup> Paz (coord.) *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* Thomson-Aranzadi. Cizur Menor., 2009

MACANÁS, Gabriel, “Posibilidad y naturaleza de un código contractual europeo”, *RDP*, 2010, 6, 63 ss

MARTIN CASALS, Miquel (ed.) *The development of liability in relation to technological change* Cambridge University Press, 2010.

MARTIN PEREZ, José Antonio, “La causa del contrato en el proceso de armonización europea” (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)” en LLAMAS POMBO, (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, II, La Ley, Madrid, 2006

MARTIN RODRIGUEZ, M<sup>a</sup> Ángeles, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada* Ed. Ramón Areces, Madrid. 2006.

MARTIN SANTISTEBAN, Sonia “La aplicación de los Principios UNIDROIT y los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral” en BLASCO *et al.* (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011, II, 1487

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Las nuevas coordenadas del Derecho de la Contratación” en Bello Janeiro (ed.) *La modernización del Derecho Civil*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1994, 65 ss

MAZUELOS BELLIDO, A., “Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 8, 2004, .1-40.

MEDINA ALCOZ, María “Anatocismo, Derecho español y *Draft Common Frame of Reference*” *InDret*, 4, 2011.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Notas a propósito de la codificación mercantil” en Llamas Pombo (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* ed. LA LEY, Madrid. 2006

MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, Juan, *El Derecho romano en la tradición romanística*, ed. Reus, Madrid. 1974

MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa” *ADC*, 2003-A, 1609 ss

MORALES MORENO, Antonio- Manuel, “Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, 455-476.

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México DF, 2012.

MOSCATE, Eurico, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012

NIETO GARCIA, Alejandro, “El precedente judicial”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, 1989, 613 ss

OROZCO PARDO, Guillermo / MORENO NAVARRETE, Miguel Angel, “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado” *Anales de Derecho*, nº 29 2011, 115 ss <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>.

OVIEDO ALBÁN, JORGE, “The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods” *E- Revistas Universidad Carlos III CDT*, 2012, v. 4º, nº 1, 151-164 PDF [<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/321>]

PALAO MORENO, Guillermo, “El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado”, en BLASCO *et alii* (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011, II.

PASCUAL QUINTANA, *En torno al concepto del Derecho Civil*, Madrid, 1959,

PERALES VISCASILLAS, Mª Pilar, “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, los Principios de Unidroit y los principios de Derecho contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas” *LA LEY*, 3 2007

\_\_\_\_\_ “Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo” *Jornadas UAM Diciembre 2007* (coord. Díaz

Romero *et alii*), Madrid, 2008, 453 ss

PEEL, Edwin, (1961) *The Law of Contract*, 13<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2011

PICHON, *Les contrats d'adhesion*, Lyon, 1913

POSNER, Eric A., (2012) *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition* (May 1, 2012). University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 597. Consultable en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2049594> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2049594>

POSNER, Enric A./ GERSEN, Jacob E, “Soft law”, University of Chicago, *Public Law and Legal theory*. Working Paper No. 213 2008.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo”, LA LEY, nº 7929 24/09/ 2012.

PRIESTLEY, “Unconscionability as a Restriction on the Exercise of Contractual Rights” en CARTER, (ed.), *Rights and Remedies for Breach of Contract*, 1986.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, “Codificación y crisis del Derecho Civil” *Centenario del Código Civil*, APDC., Madrid, 1990, II, 1775 ss

\_\_\_\_\_ “Los contratos de crédito al consumo: forma y contenido. Reembolso anticipado y cobros indebidos”. En *Crédito al Consumo y Transparencia bancaria*. (coord.: Nieto Carol) ed. CIVITAS, Madrid, 1998

\_\_\_\_\_ “Reglas de Interpretación de las Condiciones Generales de los Contratos”, en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas* (coord. por Ubaldo Nieto), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000

\_\_\_\_\_ “Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Nota introductoria”. *Derechos Civiles de España* (coord. R. Bercovitz/ J. Martínez Simancas) SCH/ ARANZADI. 2000, 2729 ss

ROCA i TRÍAS, Encarnación, “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos” *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)* nº 2132, junio 2011

RODRIGUEZ MARIN, Concepción, “Sobre la interpretación de la expresión «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149. 1. 8ª de la Constitución”, en Moreno Quesada, Bernardo (coord), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas* Madrid, 1989, 255 ss

RUBIO GARCIA-MINA, Jesús, “Sobre el concepto de Derecho Mercantil” *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, 359.

SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación y su historia. Estudio sobre la codificación y la interpretación de las leyes.* Barcelona. 1985

\_\_\_\_\_ “Comentario al artículo 1º” *Compilación Catalana en Comentarios EDERSA*, dir. por M. Albaladejo.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, “La resolución por incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?” *ADC* 2011, fasc. IV, 1685 ss

SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Patrimonial europeo*, Thomson - Aranzadi. 2003

\_\_\_\_\_ “La unificación del derecho comercial internacional” en *Globalización y Comercio Internacional. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y*

*Relaciones Internacionales* .Madrid. 2005

SANCHO REBULLIDA, Francisco, “Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil”.*RGLJ*, 1971, 663 ss

SALVI, Cesare, *Diritto Civile e Principi Costituzionali Europei e Italiani*. Torino 2012

SCHAFER, Hans-Bernd / OTT, Claus, *Análisis económico del Derecho Civil*. Tecnos. Madrid, 1991

SCHULZE, Reiner, “El Acquis communautaire y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo”, en FERRER VANRELL M<sup>a</sup> Pilar / MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo (Dirs.), *Principios de derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales*, Dykinson, Madrid, 2009

SCHULZE, Reiner- ZOLL, Fryderyk (ed.) *The Law of Obligations in Europe (A New Wave of Codifications)* Sellier European Law Publishers, Munich, 2013

SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on The International Sale of Good (CISG)* 3th edit., Oxford. 2010

TERRÉ, François, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*. Paris, 2008

TERRYN, Evelyne, “The Common Frame of Reference: an optional instrument?” Bruselas. 2010

Accessible en <http://www.europarl.europa.eu/studies.html>

The European Union Committee of the House of Lords, *European Contract Law: The Draft Common Frame of Reference. Report with Evidence* London : The Stationery Office Limited, 2009

TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative*

*Account*, Clarendon Press, Oxford. 1998

VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Barcelona, 2011.

VAQUER ALOY, Antoni, “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft Common Frame of Reference”, *European Review of Private Law*, 4/ 2009 487ss

\_\_\_\_\_ “El Marco Común de Referencia” en Boch Capdevilla (coord.) *Derecho Contractual Europeo*, Barcelona. 2009

\_\_\_\_\_ “Marco General”, en BOCH CAPDEVILA (coord.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, ed. Boch, Barcelona, 2012.

\_\_\_\_\_ *La donación en España y en Europa*, Reus, Madrid, 2012

VAQUER ALOY/ BOCH CAPDEVILLA/ SANCHEZ GONZALEZ, *Derecho Europeo de Contratos «Libros II y IV del Marco Común de Referencia»*, Atelier, Barcelona, 2012.

VENDRELL CERVANTES, Carles, “PECL in Spain”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (ZEuP) 3/ 2008, 534 ss

VIRGÓS SORIANO, Miguel, “Artículo 10.5”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1991, 116 ss

VIRGÓS SORIANO/ HEREDIA CERVANTES/ GARCIMARTIN ALFEREZ / DIAZ FRAILE, “Una propuesta de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2143, 2012, 1-47

VON BAR, Christian/ CLIVE, Eric / SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (ACQUIS GROUP), Sellier, Munich. 2009



XIOL RIOS, Juan Antonio, “Validez en España de escritura pública de compraventa otorgada en Alemania” Diario LA LEY, 9328, 30/10/2012.

ZEMANEK, K., “Is the term “Soft law” convenient? ”, *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, Ed. Kluwer, 1998.



# **COMUNICACIONES**



# LA PRETENDIDA SUBROGACIÓN DEL DEUDOR SOLIDARIO SOLVENS: ¿UNA ERRÓNEA INTELECCIÓN DEL ORDINAL TERCERO DEL ARTÍCULO 1210 DEL CÓDIGO CIVIL?\*

SALVADOR CARRIÓN  
*Catedrático de Derecho civil*  
Universitat de València (EG)

## 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Llaman ciertamente la atención las inseguridades de la doctrina a propósito de las relaciones entre el llamado “derecho de regreso” y la “subrogación en el crédito” por cuanto se refiere al marco de la relación interna entre deudores solidarios, inseguridades que sin embargo, y aunque pueda resultar paradójico, no han impedido que sea prevalente entre los civilistas españoles el parecer proclive a admitir (de algún modo) la compatibilidad entre subrogación y regreso. Diríase, no obstante, que la dicha admisión se haga de algún modo “a regañadientes”<sup>1</sup>. O, dicho con otras

---

\*La presente comunicación constituye la colaboración de su autor en el Libro-homenaje al Profesor Joaquín RAMS ALBESA.

<sup>1</sup> No puede menos de resultar al menos un tanto significativa la expresión que, al respecto utilizan dos grandes maestros de nuestra civilística (ALBALADEJO y DIEZ PICAZO) cuando abordan el tema objeto del presente trabajo: subrogación y regreso “parecen compatibles”. Por cuanto al primero, véase su *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Volumen primero. La Obligación y el contrato en general*, Librería Bosch, Barcelona, p.98., por cuanto al segundo de los citados, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias.*, Civitas, Madrid, 1993, p. 215.

palabras: la procedencia de la subrogación que, insisto, termina por admitirse, se acompaña sin embargo de argumentaciones o fundamentaciones que, en muy notable medida, vienen a desvirtuar una tal aserción, o quizá en el mejor de los casos a poner de manifiesto las dudas y vacilaciones de quienes formulan aquélla, dudas e inseguridades que, pese a ello, no consiguen enervar, como digo, una conclusión final proclive a la operatividad de la subrogación en el crédito a favor del deudor solidario que paga la deuda en su totalidad.

Las posiciones de nuestra doctrina científica respecto de la cuestión son susceptibles de clasificarse en tres grandes grupos: a) los autores que simplemente orillan la cuestión, absteniéndose de pronunciamiento alguno al respecto<sup>2</sup>; b) aquellos otros que se inclinan por la procedencia de

---

2 1.- Silenciamiento de la cuestión.

Y tan significativa como la diversidad misma, o incluso quizá mayor aún, sería la circunstancia de la carencia alguna de pronunciamiento sobre el tema por parte de algunos civilistas que, aún abordando de modo central o principal y en modo alguno tangencial, el tratamiento de la deuda solidaria, orillan cuidadosamente cualquier toma de posición sobre la procedencia o no de la subrogación en el crédito por parte del deudor solidario que procede al pago. Y ello, tanto cuando abordan el tratamiento de la solidaridad pasiva como cuando se ocupan de las modificaciones de la relación obligatoria por cambio de acreedor.

Este es el caso, entre las aportaciones doctrinales ya lejanas en el tiempo, las de los maestros HERNÁNDEZ GIL, Antonio (*Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983, pp. 95-96 y 291-292, también *Dictámenes*, volumen I, Madrid, 1968, pp. 390 y ss; COSSIO, Alfonso de *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones.*, Alianza Universidad, Madrid, 1975, pp. 220, 222 y 318; BELTRÁN DE HEREDIA, José *El cumplimiento de las obligaciones.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp. 131 y ss., y TORRALBA SORIANO, Vicente *Lecciones de Derecho civil.*, volumen 2, PPU, Barcelona, pp. 437-438 y 450).

“...el deudor solidario que pagó la totalidad de la deuda, – escribía COSSÍO – puede reclamar a los restantes codeudores el reintegro de la parte que a cada uno de ellos correspondía en la obligación” (p. 222). No hay, pues, más referencia que la hecha al reembolso.

Ninguna referencia cabe encontrar asimismo a la cuestión en la obra de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Nada se dice respecto del pago de la deuda solidaria, y ni siquiera cabe hallar tratamiento alguno específico del número tercero del 1.210. Únicamente, a propósito del 1.158, y refiriéndose al cumplimiento llevado a cabo con conocimiento y aprobación del deudor, se contiene una afirmación de la que cabe inferir, sin ningún género de duda, que el pago de la deuda solidaria llevado a cabo por uno de los deudores viene a quedar fuera del planteamiento que se contempla:

“Igualmente deben considerarse como medios a través de los cuales se consigue en este supuesto, el cumplimiento por un tercero, la fianza, que funciona como una garantía personal en el caso de incumplimiento por parte del deudor. . . .” (p. 135).

En el caso de Antonio HERNÁNDEZ GIL, la posición del autor evoluciona desde un parecer decididamente contrario en lo fundamental al de la admisibilidad de la subrogación., *La solidaridad en las obligaciones.*, en “RDP”, junio 1946, pp. 397 y ss, a la carencia de planteamiento expreso de la cuestión en las varias ediciones de su *Derecho de obligaciones* (la última, que sepamos, de 1983), todas ellas posteriores ya en el tiempo al trabajo primeramente citado, carencia de planteamiento que no puede menos de llamar la atención, y que, como habrá ocasión de ver, lejos de suponer un cambio de posición, parece más bien culmine en “clamor” a favor de la tesis que en este trabajo se defiende.

---

En el citado trabajo contenido en la “RDP”, y en el marco del tratamiento de las diferencias entre deuda y fianza solidaria, señala el autor que mientras el fiador se subroga en los derechos del acreedor una vez verificado el pago, conforme al artículo 1839, “con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1145, y a pesar de lo establecido en el artículo 1210, número 3º, es muy discutible que al codeudor solidario se le transfiera el crédito del acreedor, operándose una subrogación, toda vez que la obligación se considera extinguida, y, además, es seguro que el derecho de regreso conferido por el artículo 1145 funda una acción propia e independiente de la que se derivaría de esa hipotética subrogación” (loc. Últ. Cit., p. 406).

Con posterioridad, ya en su *Derecho de obligaciones*, y en el marco del pormenorizado tratamiento que el autor dispensa a las “personas simplemente legitimadas para intervenir en el cumplimiento”, se subraya el especial cuidado del legislador del Código en omitir la mención del deudor como obligado al cumplimiento:

“Ello sin duda obedece – afirma – a que, por la esencialidad de este efecto jurídico, lo da como presupuesto o implicado en la cualidad de deudor. La cualidad de deudor, en definitiva, se define por la obligación de llevar a cabo el cumplimiento” (p. 287).

De lo que parece quepa inferir que cuando el legislador del Código regula el pago por tercero no está pensando en quien es titular de la deuda, sólo o con otros, pero titular al fin y al cabo también en el segundo de los supuestos. Referir entonces la existencia de “interés en el cumplimiento” a quien, por definición, está obligado a cumplir, se ofrecería rayano en el absurdo.

Y, a propósito del art. 1.158, añade:

“Distingue el artículo entre las que tengan interés y las que no tengan interés”.

Es obvio entonces que el autor trata de llevar a cabo un planteamiento general respecto de la existencia o no de “interés en el cumplimiento”, perfectamente referible desde luego al apartado 3º del art. 1.210:

“Entre las primeras (las personas que “tienen interés”) se puede mencionar, a título de ejemplo, al tercer poseedor de la finca hipotecada; la Ley Hipotecaria reconoce expresamente como legítimo este interés en cuanto que para instar el procedimiento judicial sumario exige al acreedor la justificación de haber requerido el pago al tercer poseedor en el caso de haberse acreditado la adquisición del inmueble. . .” (pág. 288).

El propósito dista mucho, desde luego, de ofrecerse con pretensiones de exhaustividad, pero aún con todo el ejemplo en el que se hace hincapié, curiosamente, viene referido a un sujeto que en puridad no es deudor.

Con todo, los indicios anteriores en contra de una hipotética admisión del juego de la subrogación en la deuda solidaria, diríase encuentran más clara confirmación en las pp. 288-292, en las que se aborda específicamente la subrogación por pago. Por de pronto, la rúbrica general bajo la que el autor engloba el tratamiento de las consecuencias del pago es el de:

“Diversos modos de intervención en el cumplimiento de las personas simplemente legitimadas y consecuencias jurídicas que se producen”.

Y es bajo esa rúbrica en la que se aborda el tratamiento de la subrogación por pago, y, en tal contexto, como es lógico, son varias las referencias hechas al 1.210.3º, aún sin alusión alguna a ejemplos concretos. Pero, en cualquier caso, el autor deja muy claro a quién o quienes se está refiriendo como personas simplemente legitimadas:

“Son las activamente facultadas para intervenir en el mismo sin hallarse, sin embargo, obligadas. El acreedor no tiene derecho a exigir de tales personas el cumplimiento, pero pueden válidamente efectuarlo” (pp. 287).

No parece resulte ni siquiera concebible la inclusión del deudor solidario. En definitiva, no hay cuestión porque ni siquiera procede plantearla.

El tratamiento de la cuestión que lleva a cabo TORRALBA SORIANO es asimismo significativo, en cuanto que, como digo, achacar a un simple olvido la omisión de toda referencia al tema no parece desde luego razonable. Más acertado entonces pensar en un propósito de abstenerse de opinar sobre una cuestión insegura o, quizá, incluso en un posicionamiento negativo en principio, pero respecto del que se desea un mayor grado de fundamentación antes de su exposición por escrito.

TORRALBA se limita a transcribir el tenor literal del art. 1.145, sin la más mínima alusión al hipotético juego de una subrogación en el crédito. Constatado lo anterior, el lector piensa que quizá ese silencio venga despejado ya en sede de subrogación en el crédito, pero una vez allí, el silencio persiste. El autor se limita a decir que:

---

“los únicos supuestos en que se presume la subrogación son los establecidos en el art. 1.210”.

Sigue la referencia textual a los mismos, sin la menor referencia a la cuestión que nos ocupa. Pese a ello, ¿ayudaría tal vez a pensar que TORRALBA no se incline por la procedencia de la subrogación la noción misma que el autor suministra de la figura?:

“La subrogación en el crédito implica un cambio en la persona del acreedor. Se produce cuando un individuo paga una deuda ajena y, como consecuencia de ello, ocupa el lugar del acreedor, recibiendo el crédito tal como este lo tenía, con las mismas condiciones y garantías” (pp. 447-448).

“Deuda ajena”, “crédito que se recibe tal como lo tenía el acreedor primitivo”, desde luego no son términos definitivos que permitan inferir una posición del autor contraria a la subrogación, pero resulta innegable que, al menos, se ofrecen más cerca de esta posición que de la contraria. Al menos un dato es seguro: mal se conciliarían aquellos con esa pretendida “subrogación atípica” que se postula para el deudor solidario en el marco del 1.210.3°.

Y ya en la doctrina más reciente, SERRANO ALONSO, Eduardo *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tomo I. Teoría General de la Obligación, Edisofer, Madrid, 2007, en sede de solidaridad pasiva, se limita a decir:

“Satisfecha la deuda por uno de los deudores solidarios la obligación se extingue para el acreedor pero al mismo tiempo nacen una serie de efectos en la relación interna entre el deudor que ha pagado y el resto de los deudores, efectos que son consecuencia de la idea implícita en el concepto de obligación solidaria conforme a la cual si bien cada deudor frente al acreedor es deudor de toda la deuda de modo que debe pagar por todos, en la relación interna entre el deudor que paga y el resto de los codeudores hay una especie de división ideal del importe total de la deuda... que permite al que paga por todos reclamar a cada uno de los restantes la parte que idealmente les corresponde...” (p. 72).

Se alude, pues, a “una serie de efectos” tras el pago, pero, puesto a concretar cuáles sean esos efectos, el autor parece limitarlos en exclusiva a la procedencia a favor del solvens de la acción de reembolso:

“El deudor que paga tiene frente a los demás deudores una acción de regreso, recogida en el párrafo segundo del artículo 1.145, el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo”.

Es razonable sin embargo que el lector, sorprendido quizá en alguna medida por la inexistencia de referencia alguna a la procedencia de la subrogación, piense que la razón sea la de que no se aluda a ésta en sede de solidaridad por cuanto la toma de posición sobre el particular prefiera hacerla el autor en otro marco sistemático (el de la modificación de la relación obligatoria por cambio de acreedor).

En pp. 140 y ss se aborda la subrogación en el crédito. Tampoco aquí cabe hallar la más mínima referencia a la cuestión. Se transcribe el tenor literal del art. 1.210, sin otra adición que la de considerar “se trata en realidad de presunciones “iuris tantum” de subrogación convencional...”

¿Acaso no habría interpretar ese silencio como un posicionamiento contrario a la procedencia de la subrogación? Me inclinaría por la afirmativa. Coadyuva sin duda a ello, siquiera el argumento no se ofrezca del todo decisivo, la propia noción que del instituto de la subrogación suministra SERRANO:

“Tiene lugar (la subrogación en el crédito) cuando un tercero ajeno a la relación obligatoria paga al acreedor y se coloca en su lugar frente al deudor...” (pp. 140-141).

¿Significa implícitamente lo anterior la inaplicabilidad del párrafo tercero del 1.210 a la deuda solidaria? Al menos, habrá que concluir que, tras la noción misma de subrogación que se maneja, resulta sumamente difícil el “encaje” en ella del deudor solidario, que, por definición, ni es “tercero” ni “ajeno” a la relación obligatoria a que se refiere el pago. De otro lado, mucho me parece asimismo que, de esa noción, quepa además extraer una conclusión al menos mínimamente segura: la de que el 1.210.3 estaría contemplando asimismo un pago por tercero, por tercero interesado, sí, en el cumplimiento de la obligación, pero tercero al fin y al cabo y, en consecuencia, por quien no es parte en la propia relación obligatoria. Y ello, como digo, pese a la diferente dicción del mismo respecto del párrafo segundo, que habla expresamente de “tercero”, siquiera en este caso “no interesado en la obligación”. En definitiva: quien paga en el supuesto descrito en el apartado tercero sería asimismo un tercero, siquiera aquí interesado en el cumplimiento, pero interesado desde fuera de la relación obligatoria y no desde dentro de ella.

Posiciones asimismo, a lo que entiendo, de significativo silencio, siquiera anteriores en el tiempo a la del profesor de Oviedo, las de BLASCO GASCÓ, Francisco, y ORDUÑA MORENO, Javier ambas en *Derecho*



la subrogación<sup>3</sup>, c) los que se oponen a ella, sector este último minoritario en el

---

de *Obligaciones y Contratos*, VV.AA., coordinación, Valpuesta Fernández, Tirant, Valencia, 1994, y GETE ALONSO, Carmen *Manual de Derecho civil, II*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 377 y 191). Se ocupa el primero de la solidaridad pasiva, haciéndolo el segundo de la subrogación en el crédito.

“Extinguída la deuda por el pago o cumplimiento de uno de los codeudores, -- afirma BLASCO -- éste podrá dirigirse contra los demás en la relación interna mediante una acción de regreso. Esta se dirige a exigir a exigir de los codeudores la parte que a cada uno corresponda, más los intereses del anticipo. Aquí la deuda es parciaria” (p. 86).

Ni siquiera la más mínima referencia a la hipotética subrogación del solvens.

“La subrogación supone -- escribe por su parte ORDUÑA -- la modificación subjetiva en la relación obligatoria por la que un tercero sustituye al acreedor en su posición jurídica” (p. 287).

Alude a continuación este autor a la distinta función normativa de la subrogación respecto de la cesión del crédito:

“La subrogación se presenta como un cauce apropiado para recuperar vía de regreso el interés del subrogado con base a una situación antecedente en la que éste ha satisfecho un desembolso patrimonial a favor del acreedor”.

Finalmente, alude genéricamente al art. 1.210, haciendo suyo el parecer de Díez Picazo:

“Se trata . . . de meras presunciones iuris tantum de subrogación que no deben ser confundidas con supuestos legales de subrogación” (p. 287).

También aquí el juego de la subrogación se ofrece, a lo que parece, ligado o conectado exclusivamente a un pago por tercero. Con lo que, de rechazo, parece asimismo inferirse que el susodicho 1.210.3 estaría contemplando efectivamente un pago por tercero y, de nuevo, el interés vendría a predicarse, obviamente, de alguien que lo tiene, pero que se halla fuera de la relación obligatoria y no dentro de ella.

Significativo resulta, asimismo, el punto de vista mantenido por ORDUÑA en otro lugar *Curso de Derecho privado* (VV.AA., dirección Beltrán Sánchez y Orduña Moreno, Tirant, Valencia, 2003, p. 173: tras aludir a la figura de la subrogación, e inclinarse al parecer por la operatividad “ex lege” de aquélla en los supuestos descritos en el 1.210, se recogen algunos ejemplos de subrogación en el crédito entre los cuales, curiosamente, no cabe hallar tampoco el del deudor solidario que paga la totalidad:

“La subrogación en el crédito es . . . un cambio de acreedor que la propia ley contempla en algunos supuestos, y que opera con independencia de la voluntad de las partes. . . .

Son ejemplos de subrogación en el crédito:

El de la compañía aseguradora que paga la indemnización al asegurado, víctima de un siniestro, subrogándose en el derecho de éste frente al causante de aquél.

El del fiador que paga la obligación afianzada, subrogándose en el crédito del acreedor frente al deudor principal.

El del acreedor que paga a otro acreedor preferente”.

De nuevo, curiosamente, se omite toda referencia al supuesto de la deuda solidaria.

Aún a riesgo de jugar a “adivinos”, el silencio de los dos autores a que acaba de hacerse referencia, además de resultar (como se ha dicho) en sí mismo significativo, lo es más aún si se conecta con la indudable influencia que sobre ambos ejerce (a lo que me parece) el pensamiento y, en definitiva, los posicionamientos del profesor Díez Picazo, autor que (siquiera con las precisiones y matizaciones a que habrá ocasión de referirse) cabe encuadrar entre los proclives a la admisión del juego de la subrogación en la solidaridad de deudores. ¿Cómo entonces explicar que ambos soslayan la cuestión a través de la omisión de toda referencia a ella? Dada su misma trascendencia, no parece sensato achacarla a un olvido, ofreciéndose entonces como más probable que la dicha omisión responda en definitiva al simple propósito de no tomar partido, de no pronunciarse en definitiva, sobre una cuestión que de suyo distaría mucho de ofrecerse con la indispensable claridad para una toma de posición sobre ella.

Por su parte, GETE ALONSO a propósito de la modificación de la relación obligatoria y, más concretamente, de la subrogación en el crédito, en las pp. 376 y ss de la obra citada anteriormente, limitándose a transcribir el 1.210 sin comentario alguno adicional, inclinándose eso sí por el carácter de presunción del inciso inicial del mismo: “En estos casos -- dice -- opera la subrogación, salvo que se pruebe que no se quiso” (p. 377).

3 Favorables al juego de la subrogación, entre otros, ALBALADEJO, Manuel., *Derecho civil II*, volumen primero, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 97-98., ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, Técno, 1993, p. 194., ARNAU RAVENTÓS, L., “Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código civil”, en *Libro Homenaje a Jesús López*

panorama doctrinal de nuestro país<sup>4</sup>.

Lo que en cualquier caso no puede menos de resultar llamativo, como se ha dicho, es que la admisión de la compatibilidad entre la subrogación y el reembolso se acompañe de un cúmulo de argumentos que, en alguna medida, diríase se ofrecen capaces de “neutralizar” el aserto principal o, en el mejor de los casos, vienen de algún modo a “relativizarlo” extraordinariamente.

---

*Medel*, Tomo I. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 710 y 714., BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo., *Comentarios al Código civil y Compilaciones* (dirección Albaladjo y Díaz Alabart), tomo XVI, volumen 1º, Madrid, 1991, pp. 23 y ss., CAÑIZARES LASO, Ana., *El pago con subrogación*, Prólogo de Luis Díez Picazo, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 136 y ss., DÍEZ PICAZO, Luis., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias.*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 214 y ss (siquiera con matizaciones de sumo interés y que resultan imposibles de abordar en este lugar)., ESPÍN CÁNOVAS, Diego., *Manual de Derecho civil español*, volumen III, Edersa, Madrid, 1974, p. 106., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio., *Manual de Derecho civil. Obligaciones*, coordinación a cargo de Bercovitz-Rodríguez Cano, Rodrigo, Bercal, S.A, 2007, p. 37., GIL RODRIGUEZ, Jacinto., *Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 429-430., HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso., *El pago del tercero.*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 129 y ss., LACRUZ., *Elementos. II. Ddrecho de obligaciones.*, Volumen primero, Librería Bosch, Barcelona, 1985, pp. 69-70., LASARTE ÁLVAREZ, Carlos., *Principios de Derecho civil , tomo segundo, Derecho de obligaciones*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 65-66., LETE DEL RÍO, José Manuel., *Derecho de obligaciones. Volumen I. La relación obligatoria en general*, Técnos, Madrid, 1988, p. 41., MARTÍN BERNAL, José Manuel., *Manual de Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 278., O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xaviera., *Compendio de Derecho civil, tomo segundo. Derecho de obligaciones, volumen 1º. Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito.*, Edersa, Madrid, 1987, p. 101., PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel., *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2008, pp. 137-138., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER., *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, volumen primero, Bosch, Barcelona, 1954, p. 467., PUIG FERRIOL, Luis., “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, en *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre.*, Volumen II, Madrid, 1976 pp. 482 y ss., RUBIO GARRIDO, Tomás., *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1967, pp. 198-199.

4 COSSÍO, Alfonso de., *Instituciones de Derecho civil. I. Parte General. Derecho de obligaciones.*, Alianza-Universidad, Madrid, 1975, pp. 220, 222, 318 y 486., LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Valencia, Tirant, 1992, pp. 237-238., GUILARTE ZAPATEIRO, Vicente., “Comentario al artículo 1.145”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones*, tomo XV, Volumen 2º, Madrid, Edersa, 1983, pp. 351 y ss., PUIG BRUTAU, José., *Fundamentos de Derecho civil, tomo primero, volumen segundo. Derecho general de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 172-173, criterio éste que el autor mantuvo asimismo en *Compendio de Derecho civil, volumen segundo.*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 43., OSSORIO MORALES, Juan., *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte General*, segunda edición, Comares, Granada, 1985, pp. 60 y 145., CRISTOBAL MONTES, Ángel., *La estructura y los sujetos de la obligación*, Cívitas, monografías, Madrid, 1990., pp. 316 y ss., GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel., “Comentario a los artículos 1.192-1.194”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones.*, tomo XVI, volumen 1º, Madrid, Edersa, 1991, pp. 441 y ss., GARCÍA AMIGO, Manuel., *Lecciones de Derecho civil. II. Teoría General de las obligaciones y contratos.*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 477 y 560. Más recientemente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos., “Modificación y extinción de las obligaciones”, en *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones.*, Colex, Madrid, 2008, pp. 296-297.

No resulta difícil desde luego intuir las causas que están detrás de ese cúmulo de dudas e inseguridades de la doctrina, y, que a lo que parece, son muchas y complejas. De un lado, quizá la primera, que casi constituye una obviedad advertirla aquí y ahora, la atinente a las imprecisiones de lenguaje en que incurre nuestro Código civil (vgr., por todas, art. 1006), pero con todo ¡alguna atención parece deba prestar el intérprete, el operador jurídico, en definitiva, a los términos que en el Código se emplean! Y, desde esta perspectiva, surgiría consecuentemente la necesidad de hacerlo en el adverbio “sólo” usado por el legislador en el art. 1.145.2, a propósito del derecho de regreso entre deudores solidarios:

*“El que hizo el pago **sólo** puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo”.*

¿Acaso resultaría descabellado interpretar el adverbio como **excluyente de la procedencia de cualquier otra acción** entre deudores solidarios, tras el pago por uno de ellos de la totalidad de la deuda? A favor de una tal interpretación jugaría, además, la circunstancia de que el precepto al que se acaba de hacer referencia se ubica en sede de solidaridad pasiva, norma pues especialmente aplicable, a lo que parece, por su propia ubicación sistemática.

De otro lado, otra de las causas por las que el tema, o bien se orilla, o bien se aborda del modo aludido en precedencia, diríase viene constituida por la circunstancia de que la doctrina científica se ofrece en ocasiones como “rehén” de sus propias construcciones dogmáticas: en este caso, de la disyuntiva o antítesis “extinción”, “subsistencia”. Mientras el pago hecho por uno de los deudores, y del que nace el derecho de regreso, “extingue” la obligación, con la extinción de las garantías que, en su caso, adornasen el crédito satisfecho, naciendo entonces un nuevo derecho de crédito surgido del pago, la subrogación en el crédito (según opinión común) presupone la “subsistencia” de éste, mismo crédito éste en el que (con todos sus accesorios y garantías) se operaría o produciría la subrogación del “solvens”.

Finalmente, un papel asimismo nada despreciable en el problema lo constituirían un heterogéneo conjunto de causas de muy diversa naturaleza, atinentes unas a la naturaleza y estructura mismas de la solidaridad

pasiva, así como a la “conexión” de estas con la figura del pago por tercero, a la que parece haya de referirse en principio el contenido normativo del art. 1.210 del Código, y relativas otras al complejo arrastre histórico (en lo sustancial, el representado por la problemática del llamado *benefitium cedendarum actionum*) que, en definitiva, y como en tantas otras cuestiones de nuestra disciplina, está detrás de la problemática a que se hace referencia.

Todo lo anterior, a lo que necesariamente habrá que referirse posteriormente, no puede menos de hacer pensar (siquiera sea en una primerísima, y por ello quizá en alguna medida atrevida, aproximación al tema), y dadas además las arduas dificultades dogmáticas y prácticas, que la admisión de la subrogación en la solidaridad de deudores conlleva, si en realidad no nos encontraremos ante **un tópico jurídico**, que consiguientemente convierta en más aconsejable y razonable optar, pura y simplemente, por la inaplicabilidad e improcedencia de la figura de la subrogación en el crédito cuando del pago de la deuda solidaria por uno de los deudores se trate, haciendo discurrir entonces la pretensión de resarcimiento del solvens, exclusivamente, a través del cauce representado por la llamada acción de reembolso o regreso ex art. 1.145. Claro es que semejante conclusión implica necesariamente una toma de posición acerca de las relaciones entre los artículos 1.145. 2 y 1.210. 3 CC.

Confieso ya que siempre me ha parecido artificiosa, y más que discutible dogmáticamente, la puesta en conexión de los preceptos del Código a que acaba de hacerse referencia. El artículo 1.145.2 contempla y se refiere al pago de la deuda solidaria por uno de los deudores solidarios. En consecuencia, por un sujeto obligado al pago en su calidad de deudor, y que, consiguientemente, contempla ésta *desde dentro*. Por el contrario, la más lógica, a lo que parece, de las interpretaciones del 1.210.3 aconseja referir(contra lo que se afirma en la relativamente reciente STS de 3 de febrero de 2009)<sup>5</sup> el supuesto de hecho contemplado por el legislador al pago por *tercero interesado en el cumplimiento de la obligación*, sujeto

---

5 “Y ya cabe advertir que el ordinal tercero del artículo 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero” (fundamento de derecho segundo). Se pone así en cuestión, por vez primera que sepamos, una afirmación siempre indubitada en el panorama doctrinal español. La de que el 1210 contempla, en su totalidad, supuestos de *pago por tercero (no interesado o interesado en el cumplimiento)*, pero, insisto, *terceros*, cualidad que por definición no parece predicable de quien es *parte* en la relación obligatoria.

éste que, por muy interesado que lo esté, contemplaría siempre la deuda *desde fuera*, porque, por definición, es tercero (siquiera, como se ha dicho, *interesado en su cumplimiento*). Y ello, por la sencilla razón (siquiera ésta sea puramente gramatical) de que el apartado inmediatamente precedente contempla el pago por *tercero, no interesado en la obligación*, que lo hace con aprobación expresa o tácita del deudor. A mi juicio, la variación cualitativa entre los apartados 2º y 3º del artículo 1.210 del Código no puede llevarse o situarse “más allá” de la existencia o no de *interés en el cumplimiento de la obligación*, considerando desde luego irrelevante la diferente dicción del apartado 2º (“*tercero, no interesado en la obligación*”), frente a la propia del apartado 3º (“*el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*”). Quiérese decir que si la susodicha variación cualitativa se sitúa, como parece preferible, únicamente en la existencia o no de *interés en el cumplimiento*, se impondría concluir que, en ambos casos, se estaría contemplando un pago por *tercero* y, consecuentemente, un pago realizado por alguien que no es parte en una relación obligatoria en la que o bien *no tiene interés*, o *en cuyo cumplimiento* (por el contrario) *está interesado* (expresiones estas que han de considerarse como sinónimas, en cuanto no acierta a verse donde situar la diferencias entre un “interesado en la obligación” y un “interesado en el cumplimiento” de aquella), pero en cualquier caso un pago llevado a cabo por alguien que contempla la deuda *desde fuera*, en cuanto por definición no es parte en ella, al no ser en puridad un obligado al pago.

Y es que no puede menos de resultar problemático el encuadramiento o la subsunción en el tercero de los apartados del 1.210 del pago de la deuda solidaria por uno de los obligados. ¿Cómo explicar, de un lado, ese “cambio de tercio” legislativo, consistente en referirse en el segundo de los apartados del precepto antedicho al pago por tercero “no interesado” en la obligación, para pasar a hacerlo a renglón seguido (y nunca mejor dicho) al pago por “deudor” “interesado en el cumplimiento de la obligación”? ¿Tiene en sí mismo sentido referirse a un “deudor interesado en el cumplimiento de la obligación”? ¿Acaso no es una obviedad jurídica que, por la misma naturaleza de las cosas, todo “deudor” está interesado en el cumplimiento de la obligación en la que es parte?. ¿No tendría más sentido entonces presuponer que (pese a que falte referencia expresa a la condición de “tercero”) el legislador se esté refiriendo **también en el último**

**de los apartados del 1210 a un tercero**, siquiera en este caso “interesado en el cumplimiento de la obligación”?. Y, de admitirse lo anterior ¿qué sentido tendría entonces el encuadramiento en el susodicho apartado del pago llevado a cabo por uno de los deudores solidarios? ¿Acaso el deudor solidario que paga es técnicamente un “tercero”? ¿Tiene sentido que así se le considere en base al dato de que, en la relación interna, la deuda está fragmentada entre los deudores? Y, supuesto que la respuesta a lo anterior fuere positiva, ¿es acaso la expuesta la concepción que de la solidaridad acoge nuestro Código civil? ¿No parece más seguro entender que, para el legislador del Código, lo que de algún modo prima en la solidaridad pasiva es la responsabilidad total de la deuda sobre cada uno de los deudores? ¿Acaso no es esa la *esencia* de la solidaridad en el Código? De otro lado, ¿tiene sentido “incentivar” (mediante la subrogación en el crédito satisfecho) el pago de la deuda solidaria por uno de los obligados, siendo así que “el caso normal de subrogación es el de pago o satisfacción del derecho de crédito por persona distinta del deudor” (DÍEZ PICAZO)?

Desde esta perspectiva, cabría añadir además que postular entonces el juego de la subrogación en la solidaridad pasiva vendría contradicho, de un lado, por la carencia misma de función en la concesión de la subrogación. ¿Cuáles serían las razones de política legislativa en orden a la concesión al “solvens” de esa especial medida de protección, superior en efectos desde luego a la concesión de una pura acción de reembolso, y todo ello tratándose de un *obligado al pago*? Cabría preguntarse entonces: ¿qué ha hecho **de más**<sup>6</sup> el deudor solidario que paga la totalidad de la deuda para

---

6 Por supuesto, no cabe sino estar de acuerdo con las acertadas consideraciones que al respecto formula HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, en su magnífica obra *El pago del tercero*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1983, pp.129 y ss. ¿Cómo no estar de acuerdo en que el deudor solidario *solvens* que paga la totalidad lo está haciendo de deuda propia y ajena a la vez? A lo que entiendo, no es esta la cuestión, sino más bien si la expuesta es o no la concepción que de la solidaridad acogió el legislador de nuestro Código civil. Y, planteadas así las cosas, el análisis de los precedentes (dejemos ahora al margen el *Code* y el Proyecto español de 1851) parece caminaban en otra dirección: la de hacer primar (con mucho) en la solidaridad pasiva la responsabilidad de cada uno de los deudores por el todo. Desde esta perspectiva, unida además al sustancial cambio de redacción que, a mi juicio, se produjo en el apartado 3º del 1210 respecto del precedente del Proyecto de García Goyena, no creo descabellado mantener que el citado apartado no está pensando en el deudor solidario que paga la totalidad y que, en consecuencia, la referencia que en él se contiene a la confusión viene pensada para albergar un supuesto bien distinto. Cuestiones de espacio impiden aquí mayores profundizaciones. Por de pronto, de optarse por la solución de que, efectivamente, la norma está “diseñada” para la subrogación del deudor solidario *solvens*, su grado de imperfección es tal que ni siquiera “diseña” cual sea el alcance y contenido efectivos de esa pretendida subrogación. De ahí, los quebraderos de cabeza de la doctrina (frente al parecer de una subrogación “pro parte”, la opinión de quienes entienden (con mayor lógica) que,

merecer ese tratamiento favorable por parte del legislador, tratamiento que, de otra parte, viene a empeorar sin duda alguna la situación jurídica de sus antiguos compañeros en la deuda? ¿Acaso ese pago de la totalidad no es parte esencial, y definidora en sí misma, del propio régimen jurídico de la solidaridad de deudores en la llamada relación externa o frente al acreedor? ¿Se trataría por ventura de un aspecto o extremo del régimen jurídico de la solidaridad pasiva que quepa razonablemente imaginar no fuere conocido de los deudores en el momento de constitución de la relación obligatoria solidaria? ¿No resultaría así más razonable entender que el interés del *solvens* queda amparado de modo suficiente (supuesto que el pago lo ha hecho un obligado al mismo, y, consiguientemente, se trata de un acto debido), con la atribución de una pura acción de reembolso, única por lo demás a la que, de modo expreso, se refiere el legislador en el segundo párrafo del art. 1.145 con el adverbio “sólo”?

De otro lado, la admisión de una hipotética subrogación en el crédito (y al margen ahora de la pura cuestión dogmática “extinción”, “subsistencia” apuntada con anterioridad, y que en principio habría quizá que calificar como menor), ¿acaso no se ofrecería de algún modo contradictoria con la naturaleza misma de la solidaridad pasiva, basada de algún modo en una cierta relación de confianza entre los deudores? ¿Tiene sentido entonces que el *solvens* pueda servirse --ahora frente a sus compañeros en la deuda --- de las garantías y privilegios que adornaban el crédito primitivo? ¿Acaso esas garantías y privilegios no pertenecían de algún modo al ámbito de la relación externa y, consiguientemente, no pueda menos que ofrecerse forzado su “traslado” al ámbito de la relación interna entre los deudores, siquiera presupuesto ya tras el pago el carácter parciario de la deuda?. Se trataría, así, de un cambio cualitativo del crédito satisfecho, que pasa de solidario a parciario, pero que, aún convirtiéndose en parciario tras el pago, conservaría las garantías, accesorios y privilegios que lo adornaban cuando era solidario. ¿Acaso esa mutación de la naturaleza del crédito, con conservación de las garantías, no parece exija de algún modo un cierto grado de aquiescencia o consentimiento del resto de los deudores por

---

puestos a admitir la subrogación . ésta debería serlo con todas sus consecuencias (O' CALLAGHAN MUÑOZ, CAÑIZARES LASO). Semejante tesis parece hacer más aconsejable optar por entender que el precepto, efectivamente, no está pensando para el deudor solidario que paga la deuda por entero.

cuanto atañe a la circunstancia (desde luego no favorable para ellos) de que el que pagó pueda, en su caso, seguir sirviéndose de aquéllas (ahora frente a sus antiguos compañeros en la deuda)? ¿Y cómo entonces conjugar todo lo anterior con la debatida controversia doctrinal atinente al inciso inicial del 1.210 (“*Se presumirá que hay subrogación. . .*”, entendido por algún sector de la doctrina en el sentido de una subrogación que se produciría “*ex lege*” por el hecho mismo del pago)?

## 2. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA ROMANÍSTICA:

Obviamente no se pretende en el presente trabajo intentar abordar en profundidad el tema que nos ocupa en el marco de tan vasto panorama como el representado por el Derecho romano. Ello debe quedar para los romanistas. Sin embargo, si parece útil y conveniente al menos el pasar revista a algunas aportaciones significativas de la romanística dentro y fuera de nuestro país, y ello por cuanto un tal examen también parece que venga a corroborar la circunstancia de que, tanto en el Derecho romano clásico como en justiniano, el llamado beneficio de cesión se ofreció como una figura de algún modo ajena a la naturaleza misma de las obligaciones co-reales o solidarias. Quiérese decir que la entrada o, si se prefiere, la “*inserción*” de aquélla en el marco de la solidaridad pasiva se presenta como impuesta o determinada precisamente por la carencia de una acción específica a través de la cual hacer discurrir la justa pretensión de resarcimiento del solvens. No se trataría, pues, la cesión de un aspecto normativo “*inherente*” a la solidaridad, sino de un instrumento, como digo, “*inserto*” en aquella por razones de oportunidad y de equidad ante esa carencia de acción específica. Este es, a lo que creo, no sólo el parecer de un importante sector de la romanística, sino también de los autores españoles del XIX anteriores al Código (SALA, MORATÓ, DEL VISO)<sup>7</sup> y, significativamente, también de los que lo hacen a poco de la entrada en vigor de aquél<sup>8</sup>. En

---

7 Y que por razones de espacio no es posible analizar aquí.

8 Así, SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe., *Estudios de Derecho civil, tomo IV. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1899, pp. 53, 63-64 y 72., BURÓN GARCÍA, Gregorio., *Derecho Civil Español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil., tomo III*, Valladolid, 1900, pp. 457-458 y 543., FALCÓN, Modesto., *Código Civil Español, ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios, tomo IV*, Madrid, 1889, p. 35., DE LA ESCOSURA y MATHEU, Francisco., *Contestaciones a*



definitiva, pasará mucho tiempo hasta que el punto de vista tendente ya a “conectar” de algún modo el número 3º del 1.210 con la solidaridad pasiva se vaya abriendo paso en nuestra doctrina científica (no desde luego sin un apreciable cúmulo de dudas, vacilaciones e inseguridades), hasta convertirse en aserto admitido por algunos (siquiera diste de ofrecerse unánime). Nada parece haya servido en su contra argumentos, a mi juicio, tan consistentes como el análisis de los precedentes, el brusco cambio de dicción del precepto que finalmente pasaría al Código respecto de su antecedente inmediato en el Proyecto de 1851, e incluso la misma hipótesis de que el legislador de 1889 se apartara en un último momento de los precedentes contenidos en el *Code*, optando en consecuencia por una *ratio* del precepto mucho más en consonancia con nuestro Derecho histórico.

Entre los romanistas españoles, y obviamente sin la menor pretensión de exhaustividad, son significativas las aportaciones de PASTOR Y ALVIRA y ARIAS RAMOS.

Julián PASTOR Y ALVIRA<sup>9</sup>, que escribe (como indica el mismo título de su obra) para el Derecho justiniano, se ocupa en las págs. 647 y ss de su obra *De los co-reos de estipular y de prometer*, afirma:

“El deudor que ha pagado la totalidad puede exigir de sus co-deudores la parte correspondiente, si tiene con ellos comunidad de intereses”.

Clara referencia, pues, a una hipotética acción de regreso que parece se ofrezca precisamente así: hipotética, en cuanto no se daría sino subordinada a la existencia, en su caso, de esa llamada “comunidad de intereses”.

“Al verificar el pago, el deudor puede exigir del acreedor que le ceda las acciones para reclamar contra sus co-deudores”.

---

*la parte de Derecho civil del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad, Tomo I*, Madrid, 1911., pp. 497-498., CLEMENTE DE DIEGO., Felipe., *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral, Tomo 4º, Derecho de obligaciones.*, Librería General de Victoriano Suárez., Madrid, 1919, pp. 122 y ss., DE BUEN, Demófilo., *Derecho Civil Común*, Madrid, 1935, pp. 461-462, y 497., VALVERDE y VALVERDE, Calixto., *Tratado de Derecho Civil Español, Tomo III. Parte Especial. Derechos personales o de obligaciones.*, Valladolid, 1926, pp. 50 y 198.

9 *Manual de Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1914, p. 649).

Es decir, supuesta la inexistencia de esa antedicha “comunidad de intereses”, y que posibilitaría el ejercicio del regreso, la pretensión de resarcimiento del solvens habrá de discurrir necesariamente a través del beneficio de la cesión.

Sustancialmente coincidente se ofrece el tratamiento de la cuestión en ARIAS RAMOS, J,<sup>10</sup>:

“En el Derecho clásico, de la solidaridad en sí no nacía acción de regreso. Tal derecho era cosa aparte de la naturaleza solidaria de la obligación; dependía de la índole de la relación con que estuviesen unidos los codeudores o coacreedores.

En diversos casos, la posibilidad de una acción de regreso nacía de un especial beneficio concedido por la ley (*beneficium cedendarum actionum*) por el que el deudor pagador obtiene del acreedor la cesión de las acciones que este tenía contra los deudores solidarios. Pero no podía afirmarse que en todos los casos de solidaridad se pudiese hacer lo mismo”.

Es decir, cuando de la particular relación existente entre los deudores nacía una acción específica que hacía posible el ejercicio del regreso entre los deudores, el beneficio de la cesión carecía de razón de ser y no venía concedido. Y, al revés, presupuesta la inexistencia de tal acción específica, venía concedido aquél. Obsérvese que el autor no duda en identificar por completo regreso y beneficio de cesión, y ello por cuanto la posibilidad misma del solvens en orden a obtener el resarcimiento de sus compañeros, a falta de esa acción específica, como digo, necesariamente había de discurrir a través de los cauces del beneficio.

“En el Derecho justiniano, -- añade -- la acción de regreso se admitió con carácter general, y puede decirse ya que es una consecuencia de la solidaridad, independientemente de la relación existente entre los sujetos solidarios” (págs. 570-571).

Pero es obvio, por evidente, que pese a hablarse de “generalización” de la “acción de regreso” para el Derecho justiniano, lo que en

---

<sup>10</sup> *Derecho Romano, II. Obligaciones.- Derecho de Familia. - Derecho de sucesiones*, con la colaboración de Arias Bonet, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, pp. 567 y ss).

puridad se sostiene para éste no es sino la generalización del beneficio en un tal periodo. La “generalización” del regreso es, entonces, para ARIAS RAMOS, la “generalización” del beneficio, que dejará de ser ya un mecanismo jurídico concedido o conferido “uti singuli” o en casos concretos, para pasar a ser medio legal conferido ya en todos los casos de solidaridad pasiva y, consiguientemente, de pago de la deuda por uno de los deudores. También en el Derecho justiniano, regreso y beneficio son la misma cosa. Deja de ser relevante entonces la naturaleza misma de la relación interna existente entre los deudores, y deja de serlo por cuanto, cualquiera que sea aquélla, el solvens contará ya con un medio específico en orden a ser resarcido por los codeudores, y conferido en todo caso: el beneficio de cesión. Consecuente con un tal planteamiento se ofrecerá la circunstancia de que, ante la negativa del acreedor a concederlo, pudiera el solvens acudir al juez para su obtención. De ahí a la concesión automática o “ipso iure” por el hecho mismo del pago no había más que un paso.

Pero el expuesto no parece fuere el planteamiento del proceso codificador. En él, y en general en los Códigos civiles del XIX, frutos del mismo, el reembolso o regreso se perfilará ya con toda nitidez como una acción con propia sustantividad y autonomía, conferida en todo caso al solvens, e independiente por completo y, por tanto, inidentificable ya con el viejo beneficio de cesión (ahora trasmutado éste de algún modo en la más moderna figura de la subrogación). Este parece sea el planteamiento del 1.145.2 de nuestro Código civil.

Entre los romanistas extranjeros, resultan asimismo de útil consulta (entre otros muchos), Pietro BONFANTE<sup>11</sup>; Fritz SCHULZ<sup>12</sup>; Paul Frédéric GIRARD<sup>13</sup>; SCHMIDLIN, Bruno y CANNATA, Carlo Augusto<sup>14</sup>; PACCHIONI, Giovanni<sup>15</sup>; y ARANGIO-RUIZ, Vincenzo<sup>16</sup>.

---

11 *(Corso di Diritto Romano, volume cuarto, Le Obligazioni (Dalle Lezioni),* reimpresión a cargo de Giuliano Bonfante y Giuliano Crifó, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 153 y ss; también, BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, con prefacio de Emilio Albertario, Giappichelli, Torino, 1946, pp. 388 y ss)

12 *Principios del Derecho Romano*, traducción castellana de Manuel Abellán Velasco, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense- Editorial Civitas, Madrid, 1994, pp. 178 y ss)

13 *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, segunda parte, Vaduz-París, 1978, pp. 49 y ss)

14 *Droit Privé Romain, II. Obligations-Successions- Procédure*, Lausanne, 1991, pp. 60 y ss)

15 *Manuale di Diritto Romano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1935, pp. 426 y ss)

16 *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1934, pp. 408 y ss).

Centremos al menos la atención en algunas de estas aportaciones, de entre las cuales quizá se ofrezca particularmente significativa la de Pietro BONFANTE<sup>17</sup>.

Se refiere el autor a la existencia de una serie de textos en las fuentes en los que se admite la existencia del regreso “in base ad un altro rapporto che esiste tra i creditori e debitori correali”. Lo que en opinión de BONFANTE permite deducir que “un’azione generale nascente puramente dal rapporto di correalità non vi é” (p. 155).

Entre las más importantes de estas relaciones existentes entre los codeudores, destaca la de la sociedad, y, consiguientemente, “la actio “pro socio” viene normalmente invocada para dirigirse contra el propio codeudor”. No duda el autor en atribuir una decisiva fuerza probatoria a tales textos a favor de la tesis negativa acerca de la existencia de una acción de regreso nacida de la misma solidaridad, “en cuanto en la mayor parte de ellos la posibilidad misma del regreso se hace depender sin más de la existencia o no de la “actio pro socio”. Frecuente es, asimismo, -- añade BONFANTE -- el reclamo “alla’azione communi dividundo o familiae erciscundae en el caso en el que la obligación in solidum derivase de la relación de condominio o de la existente entre coherederos. “En un texto se hace mención de la actio negotiorum gestorum. Y en varios más se hace referencia a una “actio utilis” y a una “actio ex aequitate”, sin que falte asimismo alguna referencia a la “actio mandati”.

“Por último, -- concluye -- existen una serie de beneficios especiales (cesión de las acciones, división, etc), que permiten ejercitar el derecho de regreso: remedios extraordinarios éstos que poco o nada habrían resultado necesarios, si el derecho de regreso hubiere sido connatural a la relación de correalidad” (pág. 155).

El prestigioso romanista expone asimismo las razones en las que hacer descansar de algún modo la inexistencia (al menos en el Derecho clásico) de esa acción de regreso entre codeudores:

---

17 *Corso di Diritto Romano*, volumen cuarto, *Le Obbligazioni*, . . . .cit., pp. 153 y ss.

“Incluso del concepto mismo de la solidaridad se puede deducir la negativa. El que paga satisface una deuda propia, una obligación a la cual se ha vinculado; el que tenga o no derecho de regreso contra el propio codeudor, non è cosa che risulti dal tenore dell’ obbligazione asunta di fronte al creditore” (pág. 159).

Se hace eco BONFANTE de la argumentación de SAVIGNY a favor de la existencia de regreso incluso en el Derecho clásico: “El deudor que paga puede exigir, -- afirma, recogiendo el argumento de éste -- mediante la “exceptio doli”, la cesión de las acciones del acreedor, derecho éste que vendría garantizado precisamente entre codeudores correales por varias leyes, que serían la L. 47 D. 19, 2, la L. 13 C. 4, 65 in tema di locazione, la L. I, 13-14 D. 27, 3 en tema de tutela, e soprattutto la L. 65 D. 21, 2 il cui linguaggio è generale e preciso” (págs. 157-58).

Pero frente a la argumentación de SAVIGNY, se alzaría la de VANGEROW para quien los textos de los cuales pretende inferir Savigny que el codeudor correal tenía el derecho de oponer la exceptio doli, a fin de obtener la cesión de las acciones, serían todos textos interpolados.

En definitiva, para BONFANTE vendría a imponerse como opinión más segura la de que mientras que, por cuanto al Derecho clásico se refiere, el beneficio de cesión de acciones venía concedido caso por caso, “uti singuli” (“tra tutori”, “tra tutori e curatori”, “tra fideiussori”, “tra più mandanti”), fuera de estos casos y ya como beneficio general parece que la extensión deba de considerarse justiniana (pág. 162).

Así pues, los problemas derivados de la inexistencia de una acción de reembolso surgida de la propia solidaridad, se tratarán de resolver – ya en el Derecho justiniano – a través de esa antedicha “generalización” del beneficio de cesión de acciones.

Cómo se produjo o aconteció concretamente lo anterior (ya el ejercicio por el solvens de la exceptio doli ante la negativa del acreedor a ceder las acciones, ya la concesión a aquél de una actio utilis independientemente de la cesión efectiva) no es tema en el que nos corresponda entrar: sea de ello lo que fuere, lo que parece indudable es que esa “generalización” se produjo. Las diferencias en los matices, con ser importantes, deben quedar para los especialistas:

“Giustiniano, con una serie d’interpolazioni in materia di cessione delle azioni,-- precisa BONFANTE – ha per l’appunto disposto che ogni volta che la cessione sia obligatoria e il debitore quinde possa esigerla, l’actio utilis è accordata senz’altro indipendentemente dalla effettiva cessione” (pág. 161).

En cualquier caso, y a los efectos que aquí interesan, destacar algo verdaderamente esencial: la circunstancia (a lo que parece incontestable) de que el Derecho romano (ni el clásico ni el justiniano) conoció un sistema de dualidad de acciones en materia de deuda solidaria. El regreso romano justiniano, el propiamente tal, en cuanto “descontaminado” ya de la circunstancias propias de la relación concreta existente entre los deudores, por cuanto a la solidaridad se refiere “discurriría” siempre a través del beneficio de la cesión. Así pues, “regreso” y “beneficio de cesión” se identifican.

No menos significativas resultan en el sentido que se acaba de apuntar las consideraciones de SCHULZ<sup>18</sup> y GIRARD<sup>19</sup>:

“Son significativas también – afirma el primero – las dificultades que los romanos han encontrado para admitir el regreso entre codeudores solidarios. Los clásicos no llegan a la idea de reconocer en este caso una relación jurídica de comunidad entre los deudores para deducir de esta relación la acción de regreso, y por esto tienen que recurrir al artificio de la cesión de las acciones”.

“mais pour la corréalité passive, -- precisa GIRARD -- la seule bien pratique, rien n’empêche d’admettre que le débiteur qui paie puisse se manager un recours contre les autres obligés en se faisant céder les actions du créancier”.

Pareceres sustancialmente coincidentes con los anteriores, los emitidos por PACCHIONI<sup>20</sup> y ARANGIO-RUIZ<sup>21</sup>.

---

18 *Principios del Derecho Romano*, . . . , pp. 178)

19 *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Vaduz-París, 1978, . . . .cit., pp. 792 y 795

20 *Manuale di Diritto Romano*, Torino, 1935, . . . .cit., pp. 427.

21 *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1934, p. 409.

### 3. LA APORTACIÓN DEL PROCESO CODIFICADOR

Aunque es obvio que la cuestión requeriría mayores profundizaciones, que por razones de espacio no son de este lugar, no parece aventurado sostener que el panorama expuesto es el que, en lo sustancial, habría de llegar hasta la Codificación. La interrogante que entonces cabría formularse no puede ser otra sino la de cual fue la posición o postura que sobre la cuestión se adoptó por los Códigos civiles del XIX.

Parece fuera de toda duda que la aportación de la Codificación habría de ser precisamente la creación de una acción de nuevo cuño: la que hoy conocemos como acción de *reembolso o regreso* (albergada, en lo que aquí interesa, en el párrafo segundo del artículo 1145 CC).

Y es que la superación de esa vieja problemática romanística demandaba precisamente, a lo que parece, la creación de una acción específica, de nuevo cuño, como digo, y que viniera conferida (por cuanto a la solidaridad pasiva se refiere) al solvens que llevase a pago por entero el pago de la deuda.

La aportación aquí de la Codificación habría quizá que residenciarla en dos importantes extremos: de un lado, la acuñación misma del *regreso* entre codeudores como acción propia e independiente, separada así definitivamente del viejo *beneficio de cesión de acciones* a cuyo través había venido discurrendo durante siglos. *Regreso y cesión de acciones* dejarán de ser (desde entonces, y por cuanto a la deuda solidaria se refiere) una misma realidad, al menos (insisto) por cuanto a la solidaridad pasiva atañe. De otro lado, esa acción de nuevo cuño vendrá ya conferida al solvens en todo caso, sin ofrecerse de algún modo “conectada” a la concreta naturaleza de la relación existente entre los deudores (*actio pro socio, mandati*, o, en defecto de cualquiera de ellas o de otras varias, hará ya por completo innecesario el recurso al beneficio de cesión, obtenido a veces este tras el ejercicio de la *exceptio doli*).

En definitiva, la “averiguación” misma de cual sea la naturaleza de esa relación interna entre deudores, dejará ya de ser necesaria y, por tanto,

relevante, por cuanto la acción antedicha vendrá conferida al solvens en todo caso de pago por éste de la totalidad de la deuda.

#### 4. EL CÓDIGO CIVIL

La inexistencia de una acción de *regreso* específica (por cuanto a la deuda solidaria se refiere) en el Derecho anterior al Código civil se deduce con meridiana claridad de las obras de SALA, MORATÓ y DEL VISO (entre otros). En nuestro Derecho histórico (Partidas) el *regreso* entre deudores solidarios discurría a través del cauce de la *cesión de acciones*. La aportación aquí del proceso codificador español se ofrecerá idéntica (en lo sustancial) a la de otros Códigos civiles del XIX, y se plasmará como se ha dicho en la creación de una acción de nuevo cuño (el *reembolso o regreso* ex art. 1145.2 CC). Con dicha aportación, los legisladores de los Códigos civiles, (también el nuestro) venían a poner fin a la añosa e intrincada problemática que durante siglos vino acompañando a la vieja figura del *benefitium cedendarum actionum*<sup>22</sup>.

Sentado lo anterior, la cuestión “medular” o “central” no es sino la referida a la posible existencia de un cambio de dirección, por supuesto sustancial o de fondo y no de mero estilo o formal, y referido a la hipotética subrogación del *solvens*, entre el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888, que definitivamente habría de llegar ya al texto del Código civil. Creo no son desdeñables los argumentos a favor de que ese cambio se produjo efectivamente. En materia de solidaridad pasiva y, más concretamente, de subrogación del *solvens* por pago de la deuda, el Derecho histórico español no parece caminase en el sentido del Proyecto del 51, como tampoco lo hacía en materia de transmisión del dominio. Y, consiguientemente, y al igual que el cambio de dirección se produjo (por cuanto al Código se refiere) en cuanto al sistema de transmisión de los derechos

---

22 La idea apuntada en texto encuentra plena confirmación entre quienes escriben a poco de promulgarse el *Code*. Así, TROPLONG., “De cautionnement et des transactions”, en *Commentaires des titres XIV et XV, Livre III, du Code civil.*, París, 1846, pp. 309 y ss. Y, aludiendo asimismo con meridiana claridad a las apuntadas complejidades y dificultades de funcionamiento del instituto de la *cesión de acciones.*, GARCÍA GOYENA., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con nota preliminar del Profesor LACRUZ, p. 596.



reales sobre los bienes, no cabe excluir que asimismo se produjera en la materia que nos ocupa<sup>23</sup>.

¿En qué factores cabría sustentar lo que se acaba de decir?:

De una parte, por cuanto se refiere al *reembolso*, quienes escriben con anterioridad al Código constatan, y lamentan, la inexistencia de una acción específica a cuyo amparo el *solven* pudiera reintegrarse (al margen de cual fuere la concreta naturaleza de la relación que le uniese al resto de los deudores). El juego entonces del mecanismo de la *cesión*, dotado de complejos entresijos, y por ello no siempre al alcance de un deudor poco avisado, se imponía de modo inexorable. ¿Por qué entonces no pensar en que el propósito del legislador del Código fuere precisamente el de poner fin a tal problemática mediante la concesión de una acción *propia* ya de la solidaridad pasiva, en cuanto emanada de ella misma, y sin conexión con la causa concreta que, en su caso, hubiere llevado a la constitución con carácter solidario de la relación obligatoria?

De otra, de admitirse, como parece se deba, lo dicho inmediatamente en precedencia, la problemática de la pretendida subrogación en el crédito satisfecho, así como de la “compatibilidad” de aquélla con esa acción de nuevo cuño albergada ahora en el párrafo segundo del artículo 1145<sup>24</sup>, no parece se pueda abordar sin tomar previamente partido acerca de la concepción misma que de la solidaridad pasiva se entienda acoge el legislador del Código. Y en esa concepción, a lo que entiendo, primaria más

---

23 La posibilidad de ese cambio de fondo (que no simplemente de forma o de mero estilo) se postula con trazos enérgicos por DÍEZ PICAZO, siquiera referido ahora al inciso inicial del propio artículo 1210. Arguye Díez Picazo, a propósito de las llamadas “presunciones de subrogación”, que “la modificación del texto del Proyecto de 1851 debe considerarse que es significativa y que entraña un cambio de perspectiva: una transformación de la subrogación legal en una subrogación simplemente presunta”., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 829-830. Supuesto lo anterior, ¿por qué no pensar que ese cambio, igualmente de fondo que no de forma, pudo afectar asimismo al apartado tercero del 1210, sustancialmente diverso en su tenor literal a su correlativo del Proyecto de 1851?

24 La cuestión de la pretendida “compatibilidad” entre *reembolso* y *subrogación* no puede menos de tornarse sensiblemente más compleja, puesto que la preferencia o prioridad entre ambas acciones parece deba jugar a favor de la primera, norma ésta específica contenida en sede de solidaridad, y que, consecuentemente, desplazaría a la atinente a la *subrogación*. En síntesis: existente el *reembolso* (creado éste en definitiva para poner fin a los complicados entresijos del *beneficio de cesión*), ¿acaso tendría sentido buscar la compatibilidad entre dos acciones, de las cuales una de ellas se crea para poner fin a las complejidades provenientes de la sola existencia de la segunda?

desde luego el elemento de la responsabilidad total frente al acreedor de cada uno de los deudores solidarios que el de la fragmentación interna de la deuda entre aquellos propia de la relación interna. En la relación externa la deuda es enteramente propia de cada uno de los deudores, aspecto éste que (a lo que entiendo) de algún modo prevalece en el Código sobre el que es propio de la relación interna (fragmentación de la deuda entre los varios deudores solidarios). La posición que se adopte respecto de este punto no puede menos de condicionar la que se adopte sobre si *hay o no subrogación* a favor del deudor que paga toda la deuda, por cuanto el parecer proclive a la admisibilidad de la subrogación no es posible desligarlo de aquél otro que atribuye un mayor grado de relevancia al dato de que el deudor que pagó lo hizo (siquiera parcialmente) de una deuda ajena

En tercer lugar, urgiría asimismo una toma de posición acerca de si los cambios de redacción del artículo 1210 respecto de su precedente del Proyecto del 51 lo fueron meramente de estilo o, por el contrario, implicaron un cambio en cuanto al fondo. Por de pronto, lo que no puede menos de resultar significativo es que, cuando se habla de cambios en el 1210 respecto de su correlativo del Anteproyecto, se pare la atención únicamente en el inciso inicial de aquél, sin reparar asimismo en las (a mi juicio) sustanciales alteraciones detectables entre el último número del 1210 CC y su correlativo del Proyecto isabelino.

A la vista de las anteriores consideraciones, la cuestión a plantearse sería la siguiente: ¿tiene sentido y resulta razonable dar como seguro en nuestro CC el maridaje de dos acciones (*reembolso* y *subrogación*) presupuesta, de un lado, la acuñación *ex novo* por aquél de una acción de nuevo cuño (*reembolso*), encaminada a poner fin a la vieja problemática del llamado *beneficio de cesión*, y presupuesta, de otro, los sustanciales cambios de redacción del número tercero del artículo 1210 respecto de su correlativo del Proyecto del 1851? Y ¿tiene sentido, además, estar tan seguros de ese maridaje, aún arrojando las graves dificultades dogmáticas que de suyo plantea esa pretendida “coexistencia” entre reembolso (que de suyo presupone la extinción del crédito satisfecho) y subrogación (que, por el contrario, presupondría la subsistencia misma de aquél)? Finalmente, y al objeto de cerrar la argumentación, ¿es lógico y razonable en buena lógica jurídica (se entiende), tener por tan segura una subrogación sobre cuyo

alcance efectivo (supuesta, digo, su admisión) existen dudas de tal calibre como la relativa a si el *solvens* se subrogaría en un crédito (que seguiría siendo) solidario o, por el contrario, parciario tras el pago? ¿Es congruente la coexistencia entre la duda a que acaba de hacerse referencia y el aserto afirmativo acerca de la procedencia de la subrogación misma?

## 5. LA JURISPRUDENCIA

Las oscilaciones de la doctrina a propósito de esa pretendida dualidad de acciones se deja sentir, asimismo, en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, a la que cuadraría el calificativo de errática, siquiera no resulte aventurado afirmar la prevalencia del parecer negativo por cuanto a la procedencia de la subrogación se refiere<sup>25</sup>.

Ciertamente, no son numerosas las sentencias en las que, de modo expreso, se aborda la cuestión. Incluso no es infrecuente que la temática abordada sea la de la solidaridad pasiva y, pese a ello, no quepa encontrar en el fallo referencia alguna a la pretendida subrogación del *solvens*, sencillamente porque la cuestión no se plantea, limitándose entonces el análisis a la acción de reembolso (buen ejemplo de ello, la **Sentencia de 26 de junio de 2009**<sup>26</sup>, Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luís Montés Penadés):

*“El Juzgado identifica la acción que se ejercita como la acción de regreso en solidaridad pasiva (artículo 1145 del Código civil) (fundamento de derecho primero).*

*“La Sala de instancia aplica correctamente la presunción de división por partes iguales que la jurisprudencia de esta Sala, distinguiendo en la obligación solidaria entre las relaciones externas con el acreedor de las relaciones internas entre codeudores, obtiene de la aplicación combi-*

---

25 Es de todo punto obvio que no se pretende llevar a cabo aquí un análisis exhaustivo de la jurisprudencia al respecto, pero sí al menos efectuar algunas consideraciones sobre la más reciente, y que permiten concluir que el problema dista desde luego de ofrecerse resuelto en sede jurisprudencial, presentándose de algún modo como más segura (también en sede jurisprudencial) la tesis contraria al juego de la subrogación en la solidaridad pasiva.

26 RJA/2009/6455.

*nada de los artículos 1145 y 1138 del Código civil, . . . . .”* (fundamento de derecho tercero).

*“El tema de fondo que late en estos motivos no es otro que el de la fijación o determinación del importe del crédito a efectos de la acción de regreso, y se encontraría enclavado en el artículo 1145.II del Código civil, . . . . .”* (fundamento de derecho cuarto).

En otras sentencias, aún sin abordarse un supuesto de solidaridad pasiva en sentido estricto, se contempla un tema fronterizo (fianza solidaria) y, pese a ello, no cabe encontrar referencia alguna a la subrogación, también como se ha dicho porque la cuestión no se plantea. Pero, con todo, quizá no deje de resultar significativa (en contra del juego de la subrogación) la argumentación que sirve de fundamento al fallo.

Este sería el caso de la **Sentencia de 5 de febrero de 2007 (Ponente, Excm. Sra. Encarnación Roca Trías)**. No hay planteamiento alguno, como digo, del tema de la subrogación y, consiguientemente, nada se dice sobre ella. Con todo, resulta de interés a lo que creo la argumentación utilizada, por cuanto permite extraer consecuencias favorables a la posición que en este trabajo se mantiene.

Se refiere la sentencia a la acción de reintegro (o reembolso) que corresponde al fiador que paga frente a sus cofiadores:

*“Esta acción de reintegro, en el caso de que la fianza sea solidaria, no es más que una aplicación de la regla general sobre solidaridad establecida en el artículo 1.145 CC, teniendo en cuenta que cuando el fiador realiza la prestación frente al deudor paga su propia obligación y la de sus cofiadores, de manera que el fiador que paga es siempre un interesado en el cumplimiento de la obligación”* (fundamento de derecho tercero).

Dos puntualizaciones: de una parte, no obstante predicarse la existencia de “interés en el cumplimiento” por parte del fiador que paga, se omite toda referencia a la posibilidad de subrogación, posibilidad esta de todo punto indiscutible en sede de fianza al amparo del artículo 1839. La falta de referencia, pese a que la cuestión no se plantea, quizá con todo

resulte significativa a la vista de la referencia al fiador como “*interesado en el cumplimiento de la obligación*”, “*interés*” al que el 1210.3º conecta precisamente la llamada por algunos “*presunción de subrogación*”<sup>27</sup>. En definitiva, se predica la existencia de “*interés en el cumplimiento*”, pero el hilo argumental sigue discurriendo en exclusiva a través de la acción de reembolso.

De otra parte, esa misma referencia al fiador como *interesado en el cumplimiento*, de la que, insisto, no se extrae otra consecuencia que la relativa a la procedencia de la acción de reembolso, no cabría a su vez considerarla decisiva a favor de la *subrogación del solvens* en la solidaridad pasiva dada la sustancial diversidad entre deuda y fianza solidarias, “*propia*” la primera y “*ajena*” la segunda, lo que permite sostener que mientras la inclusión del fiador en el número 3º del 1210 se ofrecería exenta de dudas (máxime a la vista del 1839 CC), la solución debería ser la contraria por cuanto al deudor solidario se refiere.

*“La interpretación del artículo 1844 evidencia – se afirma en el cuarto de los fundamentos de derecho – que esta disposición se aparta de sus precedentes, de acuerdo con los que el cofiador que pagaba sólo podía dirigirse contra sus cofiadores si el acreedor le había cedido las acciones. Por dicho artículo, el cofiador siempre puede dirigirse contra los que no pagaron reclamando su parte”.*

De modo meridianamente claro, la ponente se refiere a los antecedentes históricos: frente a la vieja figura de la *cesión de acciones*, la acción de reembolso con que los Códigos civiles del XIX (el nuestro, entre ellos) sustituyeron aquélla. Es, pues, el reembolso el que ocupa el lugar de la *cesión*. Y, a todo lo anterior, añadir que presupuesto (como parece innegable) que la vieja figura del *benefitium cedendarum actionum* constituye el antecedente inmediato de la moderna *subrogación*, no puede menos de resultar extraño que el propósito del legislador de nuestro CC fuere, de un lado, otorgar carta de naturaleza a una acción de nuevo cuño (precisamente

---

27 Lógicamente, manteniendo (como aquí se mantiene) un parecer contrario al juego de la subrogación del *solvens* en la solidaridad pasiva, carece de sentido entrar en la polémica de si el 1210 establece y configura simples presunciones de subrogación o, por el contrario, supuestos en que la subrogación se produciría “*ex lege*” por el hecho del pago.

destinada a sustituir el viejo *benefitium*), para, de otro, conferir asimismo al deudor solidario que paga la totalidad de la deuda, la acción resultante a su vez de esa apuntada “transformación” del *benefitium*.

Y, para cerrar la argumentación, en el citado fundamento de derecho cuarto, se concluye afirmando:

*“... el pago fue efectuado por quien tenía real interés en el cumplimiento de la obligación, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1844.1, así como la regla general del artículo 1145”.*

De nuevo no parece se extraiga otra conclusión de la existencia de “*interés en el cumplimiento*” que la consistente en la procedencia de la acción de reembolso.

Mucho más numerosas, obviamente, son las sentencias referidas al pago por tercero, pero tampoco el análisis de estas permite inferir una toma de posición respecto a la cuestión que nos ocupa, como más adelante se tratará de demostrar. En cualquier caso, el análisis jurisprudencial arrojaría un dato a lo que creo revelador: no existe sentencia alguna (que sepamos) que, contemplando en puridad, un supuesto de deuda solidaria, afirme expresamente (como *ratio decidendi* del fallo) la operatividad del número tercero del artículo 1210 por cuanto al pago de aquella por uno de los deudores se refiere.

Paradigma y modelo de lo que acaba de decirse, las recientes **SSTS de 3 de febrero de 2009 (Ponente, Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández)<sup>28</sup>** y **11 de junio de 2004 (Ponente Excmo Sr. D. Clemente Auger Liñán)<sup>29</sup>**, ambas sin duda merecedoras de atención, pero con todo a pesar de ofrecerse ambas como resoluciones en que, de modo expreso, se afirma la procedencia de la subrogación, es lo cierto que en ninguna de ellas se contempla un supuesto de solidaridad pasiva.

Por cuanto a la primera se refiere, la cuestión abordada es la de si:

---

28 RJA/2009/1361.

29 RJA/2004/3831.

*“el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho a subrogarse en los derechos del acreedor en virtud del pago del crédito garantizado por la cosa hipotecada”* (fundamento de derecho segundo).

Sirva por el momento esta consideración para relativizar extraordinariamente el alcance que a dicha sentencia se viene atribuyendo por aquellos que defienden la procedencia de la subrogación en sede de solidaridad pasiva<sup>30</sup>. Diríase que ¡por fin! han encontrado los partidarios de la subrogación la confirmación de su criterio. Y nada menos que en esa citada **STS de 3 de febrero de 2009**. Pero ¿acaso cabría dudar, acaso se ha puesto en cuestión jamás desde la promulgación del Código que el llamado hipotecante no deudor tiene (a todas luces) la consideración de “tercero interesado” en el cumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca constituida sobre el inmueble de su propiedad, o sobre el derecho real inmobiliario enajenable del que es titular?. Pero, obviamente, no es “deudor” sino precisamente “tercero interesado” por cuanto responde.

Pero detengámonos un poco más en el análisis de la doctrina contenida en la sentencia que se comenta: tradicionalmente se ha venido entendiendo que el 1210 contempla supuestos de pago por tercero. Nunca ha sido óbice a una tal intelección del precepto, que considero correcta, la circunstancia de que el número 3º y último de aquél no se refiera textualmente al “tercero”, sino que lo haga “al que tenga interés en el cumplimiento de la obligación”. Con apoyo en una tal diferencia textual, la más autorizada doctrina ha venido diferenciando entre el pago “por tercero no interesado en la obligación” y el llevado a cabo por “tercero interesado en el cumplimiento de la obligación. En definitiva: la circunstancia de esa falta expresa de referencia al “tercero” (también en el último de los apartados del precepto), nunca ha sido obstáculo para entender que, también ese número 3º, estaría contemplando un pago hecho por tercero.

La sentencia antedicha viene a romper una lanza en pro del parecer según el cual:

---

<sup>30</sup> Con destacado énfasis, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, en las últimas ediciones de sus *Principios de Derecho civil*.

*“del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda, es más, el supuesto del solvens codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se pueden comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo”* (fundamento de derecho segundo)<sup>31</sup>.

De otro lado, esa omisión de referencia expresa al “tercero” que paga en el ordinal tercero del 1210, la utiliza la sentencia para “subsumir” en su ámbito un más que heterogéneo y abigarrado conjunto de sujetos sin otro “común denominador” que el “interés” en el cumplimiento<sup>32</sup>.

La **Sentencia de 11 de junio de 2004**, se muestra claramente favorable a la dualidad de acciones, pero respecto de la cofianza, razón por la cual distaría asimismo de ofrecerse decisiva para los partidarios de tal dualidad en el marco de la solidaridad pasiva<sup>33</sup>.

---

31 Ténganse por reproducidas, lógicamente en orden a considerar equivocada una tal intelección, las anteriores consideraciones. Ni la interpretación literal ni los antecedentes históricos, militarían necesariamente en el sentido expuesto, a menos que por cuanto a estos últimos se refiere, nos ceñamos en exclusiva al *Code* y a la determinante influencia de aquél sobre la redacción definitiva del nuestro y, en concreto, sobre el artículo a que se hace referencia, hipótesis esta harto dudosa, de un lado (como se ha expuesto) a la vista de las sensibles diferencias de redacción entre el correlativo precepto del Proyecto del 51 respecto del que definitivamente habría de pasar al Código; de otro, a la vista del Derecho histórico español anterior al Código, que (sin género alguno de duda) discurría por bien distintos derroteros. ¿Por qué entonces rechazar la hipótesis de que fueran asimismo los principios sobre la materia contenidos en ese Derecho histórico los que finalmente fueran tenidos en cuenta y llevados al 1.210, máxime cuando, autorizadamente, se postula que el inciso inicial de aquél, lejos de ofrecerse como un puro cambio de estilo, responde a un cambio en cuanto al fondo (DÍEZ PICAZO, CAÑIZARES LASO)?

32 *“... el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no; de mero “obligado” al pago o no; obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no(y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero); fiador real(asimilado a la fianza) o no, resulta irrelevante, porque lo que importa radica en “si tiene interés en el cumplimiento”, que es la exigencia expresada en el precepto”* (fundamento de derecho segundo)..

A la vista de lo anterior, cabría preguntarse, de un lado, sobre si una tal doctrina se ofrece compatible con la naturaleza y función mismas de la figura de la subrogación, según la viene entendiendo la más autorizada doctrina y, de otro lado, si no contradice aquella elementales reglas de la gramática, reglas que ponen de manifiesto que el citado número 3º no se está refiriendo a deudor alguno, sino que contempla un pago hecho por tercero, como resulta (insisto, gramaticalmente) del juego combinado entre los números 2º y 3º de aquél.

33 *“El artículo 1839 del Código Civil, en su párrafo primero, dispone que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor:*

*El artículo 1844 del Código civil. . . dispone que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le correspondía satisfacer”* (fundamento de derecho segundo).



Mayor grado de interés presenta la argumentación posterior<sup>34</sup>. Estamos, pues, en puridad, en sede de fianza y no de solidaridad. Además, “conectar” la subrogación al art. 1145 se ofrece como dogmáticamente inaceptable. El 1145 no contempla subrogación alguna, sino una acción de bien distinta naturaleza como lo es la de reembolso. Presupuesto lo anterior, la referencia entonces al 1145 quizá responda a la consideración de aquél como precepto de algún modo “reglamentador” del alcance mismo de la subrogación, punto de vista éste difícilmente aceptable, por cuanto su admisión implicaría desvirtuar ambas figuras jurídicas (reembolso y subrogación), desembocando así en una extraña mescolanza, un “tertium genus” entre subrogación y regreso. De otra parte, semejante punto de vista se rechaza incluso por quienes se muestran proclives a la subrogación (O’CALLAGAN, CAÑIZARES), quienes entienden (no sin razón) que, presupuesta la admisibilidad de la subrogación, ésta debe serlo con todas sus consecuencias, que no pueden ser otras que las contenidas en el 1212; finalmente sostener que esa pretendida subrogación haya de “discurrir” por los cauces del reembolso ex artículo 1145, sólo es posible dando por bueno que los cambios en el texto del 1210 respecto de su correlativo del Proyecto del 51 lo fueron meramente de estilo, conclusión esta última que se ofrece más que problemática. En definitiva, el 1210.3º, presupuesto que contemple el pago de la deuda solidaria, deja en el más absoluto misterio el alcance de esa pretendida subrogación. Tratar entonces de “desvelarlo” acudiendo al 1145 (que contempla una figura bien diferente, como lo es la acción de regreso) no puede menos de ofrecerse rechazable por artificioso.

Un supuesto de solidaridad en sentido estricto es el abordado por la **Sentencia de 11 de marzo de 2002 (Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote)**<sup>35</sup>, que excluye sin ambages el juego de la subrogación<sup>36</sup> en

---

34 *“Establecida la solidaridad en la cofianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso del artículo 1844, sino también se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor y cofiadores solidarios (artículo 1145), sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues precisamente el artículo 1210.3º ya prevé este efecto (confusión parcial entre la titularidad acreedora y deudora), y que no puede exigirse de los mismo sino su parte y no el todo de cualquiera de ellos como acreedor. La solidaridad es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros”*

35 RJA/2002/1885.

36 *“... según tesis que mantiene esta Sala, en estos casos, cuando paga el total de lo adeudado uno sólo de los deudores solidarios, no se produce una subrogación por este, en el crédito, sino que se extingue*

el tercero de sus fundamentos (doctrina ésta seguida de cerca por el Auto de la AP de las Islas Baleares (Sección 3ª) de 26 de septiembre de 2006.

El criterio del reembolso “pro parte” o “pro cuota” del 1145.2 se acoge (como no podría ser de otro modo) en el cuarto de los fundamentos<sup>37</sup>.

Militando asimismo en pro del criterio contrario a la subrogación, la **Sentencia de 23 de marzo de 2000<sup>38</sup> (Ponente: Excmo.Sr. D. José de Asís Garrote)**, y ello aún no contemplando un supuesto de solidaridad pasiva, pero sin ningún género de duda, como digo, excluye de aquella el juego de la subrogación, por cuanto ni siquiera presume la existencia de subrogación en el caso de la propietaria del bien hipotecado, que paga la deuda, en los derechos que el acreedor hipotecario tenía frente a los fiadores de su deudor.

En el supuesto enjuiciado, el Banco acreedor, disponiendo de dos clases de garantías para asegurar el cumplimiento del préstamo, optó por la realización de la garantía real por medio de la ejecución hipotecaria:

*“ . . la demandante no puede considerarse incluida como pretende en la presunción del supuesto del núm. 3º del art. 1.210 del propio Código, porque la citada señora a los efectos de pago de la cantidad que reclama no puede considerarse “tercero”, al ser un “obligado” al pago porque mediante el contrato de hipoteca, sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 CC) respondiendo del crédito garantizado, garantía que se llevó a efecto incumplida la obligación mediante la ejecución hipotecaria, por lo que no ha podido en forma alguna subrogarse en todos los derechos del Banco, no siendo por consiguiente de aplicación el art. 1212 del Código civil y*

---

*el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del art. 1.145 del Código Civil concede un derecho de repetición para reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda y los intereses del anticipo, y como se sostiene en la sentencia de 4 de enero de 1999 aunque “el nuevo acreedor puede acumular sus acciones y proceder contra todos en un solo procedimiento, pero nada obliga a ello y puede ejercitar un procedimiento contra cada deudor . . sin que perjudique lo actuado frente a los demás”.*

37 *“ . . al no haber fijado cuotas a los deudores solidarios en la primera de las sentencias hay que entender que una vez satisfecha por uno de los deudores solidarios “dando lugar al nacimiento “ex novo”, de tantos derechos de crédito a favor del que ha pagado y por las cuantías a que estaban obligados inicialmente sus codeudores conforme al número de éstos”.*

38 RJA/2000/2025.

*la doctrina jurisprudencial citada por el recurrente. . . . ; la demandante no está asistida de derecho para ejercitar la acción contra los fiadores*<sup>39</sup>.

En supuestos que lo eran asimismo de solidaridad pasiva, se decantan expresamente por la improcedencia de la subrogación, las SSTs de 4 de enero de 1999<sup>40</sup> (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández – Cid de Temes)<sup>41</sup> (fundamento de derecho segundo) y 12 de febrero de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Albácar López)<sup>42</sup> (fundamento de derecho tercero)<sup>43</sup>.

---

39 No cabe compartir en su integridad la argumentación transcrita. El constituyente de la hipoteca es, sin duda, “tercero interesado en el cumplimiento” y no “obligado” al pago. Luego en consecuencia, su inclusión en el ordinal 3º del 1210 se ofrece clara. Pero, afirmado lo anterior, no es menos cierto que la cualidad de “obligado” al pago cabe predicarla, asimismo sin el menor atisbo de duda, del deudor solidario, sin que a ello sea óbice la circunstancia de que los “obligados” sean varios, ni circunstancia asimismo capaz de desvirtuarla en orden a su inclusión en dicho ordinal que el que paga lo haga por sí y por otros. Quiérase decir que, para el legislador del Código, *no se está ante un “pago por tercero”*. En definitiva, si para el fallo objeto ahora de análisis, el constituyente de una hipoteca es “obligado” al pago (criterio éste que no parece pueda compartirse), ¡con cuanta mayor razón lo será entonces el codeudor solidario!

40 La primera de las citadas sienta la siguiente doctrina:

*“Pero lo que se ventila en el pleito es el ejercicio del derecho de repetición del que ha pagado frente a otro de los hermanos y por la parte al mismo correspondiente, aspecto en el que el propio recurrente reconoce que, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1145, párrafo segundo, del Código civil, (“el que hizo el pago sólo puede reclamar de los codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo), rige la mancomunada, desapareciendo la solidaridad inicial, lo que implica, no una subrogación del que paga (relación “ad extra”) en la posición jurídica del acreedor; sino el nacimiento del derecho de regreso frente a sus codeudores (relación “ad intra”), derecho “ex novo” y fragmentable o escindible en tantos derechos cuantos sean el resto de los codeudores, de manera que la indivisibilidad inicial de la obligación da lugar con el pago a la división de la deuda entre los codeudores y a favor del deudor que realizó el pago, borrando el válido y eficaz de lo debido la obligación inicial que se extingue, dando lugar al nacimiento “ex novo”, de tantos derechos de crédito a favor del que ha pagado y por las cuantías a que estaban obligados inicialmente sus codeudores conforme al número de éstos; . . . .”*

41 RJA/1999/132.

42 RJA/1998/980.

43 En cuanto a la de 12 de febrero de 1998, en el tercero de sus fundamentos de derecho, se afirma:

“La mecánica que interviene entre los deudores solidarios que regula el art. 1145 del Código Civil, prescribe que el deudor que efectuó el pago sólo puede reclamar a sus codeudores la parte que a cada uno corresponda.

*Los artículos que se citan como inaplicados (1212, en relación con los arts. 1203.3º, 1210.3º y 1211 del Código Civil) realmente son inaplicables, pues se refieren al pago hecho por terceros, y a los actores no les corresponde tal calificación, sino la de codeudores. . . . .”* En definitiva: cuando el Código se refiere al “tercero interesado en el cumplimiento de la obligación”, no lo estaría haciendo desde luego al deudor solidario, por cuanto a éste no cabría considerarlo “tercero”.

Por lo demás, la posición de Albácar (Ponente de esta sentencia contraria a la subrogación), venía ya paladinamente expuesta con anterioridad en su “Comentario al artículo 1145 CC” (juntamente con Jaime Santos Briz) en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, tomo IV. Artículos 1088 a 1444.*, Trivium, Madrid, 1991, p. 249.

Contraria también, a lo que creo, al juego de la subrogación, la doctrina contenida en la **Sentencia de 11 de junio de 1955<sup>44</sup>** (**Ponente: Excmo. Sr. D. Salvador Minguijón<sup>45</sup>**).

Favorables a la subrogación, siquiera con diverso grado de contundencia. las **SSTS de 16 de julio de 2001<sup>46</sup>** y **7 de enero de 2009 (Ponente en ambas: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)**. Sólo en la primera se aborda en puridad un supuesto de solidaridad pasiva. La cuestión de la subrogación no se plantea, se alude no obstante a ella como mero *obiter dicta*<sup>47</sup>.

Sumamente relativa se presenta asimismo la argumentación proclive a la admisión de la subrogación utilizada por la segunda de las sen-

---

44 RJA/1955/2304.

45 El supuesto contemplado lo era de pago de deuda solidaria por tercero interesado en el cumplimiento (“*de los autos aparece probado que el actor pagó, en uso del derecho que concede el citado artículo 1.158, por tener interés en el cumplimiento de la obligación de pagar; acaso como presunto responsable subsidiario, pero de ningún modo como logrado responsable subsidiario, puesto que para llegar a serlo le hacía falta que por la Administración fuera declarado tal. . . .*”).

“*. . . en el primer motivo del recurso se citan como infringidos los artículos 1.158, 1.159 y caso tercero del artículo 1.210, los tres del Código civil, que se refieren al pago hecho en nombre de un deudor por cantidad que este deudor tenía que pagar y no pagó. . . .*” (considerando segundo)

Es obvio que se está haciendo referencia al pago por el tercero de una deuda en la que el *solvens* no es parte, pese a estar interesado en su cumplimiento. Y ello por la pura razón gramatical de que la sentencia contrapone, de un lado, el autor del pago, de otro, el deudor en cuyo nombre se realiza aquél. Ahora bien, ¿encajaría con lo anterior la circunstancia de que el sujeto del pago fuere asimismo deudor?

Interés presenta, asimismo, la argumentación contenida en el considerando tercero:

“*. . . el recurrente pretende que, al pagar en nombre de los deudores, recae sobre estos la obligación con carácter solidario, porque siendo los demandados solidarios con respecto a la Administración, lo son también con respecto al recurrente que pagó por ellos; pero no es este el sentido del artículo 1.145 del Código Civil, que dispone que el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación, y que el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda; y aunque en este caso no sea considerado el actor como deudor solidario, sino como subsidiario, la doctrina jurídica que dicho artículo establece permite afirmar que el pago realizado por el actor a la Administración extinguió la obligación primera en cuanto a la solidaridad entre los deudores con relación a dicha Administración, cuyos privilegios no puede atribuirse el actor. . . .*”

A la vista de lo anterior, quizá urgiría preguntarse en el terreno de las hipótesis si, presupuesta la condición de deudor solidario del *solvens* (que no se daba en el supuesto), hubiera sido otra la argumentación del fallo. La respuesta negativa se ofrece suficientemente segura. De una parte, el carácter exclusivo y excluyente del reembolso viene subrayado con trazos enérgicos. De otra, la referencia en plural a los “privilegios”, cuya atribución al actor no es posible, parece ir “más allá” del constituido por la conservación del carácter solidario de la deuda tras el pago, desembocando a lo que entiendo en una implícita negación de la subrogación.

46 RJA/2001/5432.

47 “*. . . la jurisprudencia de esta Sala es clara al permitir que los condenados solidariamente en un proceso anterior puedan acudir a otro posterior, en ejercicio de la acción de regreso, distinta de la subrogación, para debatir la distribución entre ellos del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad para pasar a regir la mancomunidad*” (fundamento de derecho sexto).

tencias apuntadas inmediatamente en precedencia. De un lado, el supuesto concreto enjuiciado se califica como:

*“una situación muy similar a la del fiador solidario sin beneficio de excusión (art. 1831.2º CC) que, si compelido por el acreedor directamente, paga por el deudor, se subroga en todos los derechos de éste (art. 1839 CC)”.*

De otro lado, la dicha admisión se ve templada por las consideraciones que la siguen:

*“Salvando los aspectos polémicos que desde luego presenta la distinción entre la acción de reembolso del art. 1158 CC y la subrogación del núm.3º del art. 1210 del mismo Cuerpo legal, con el añadido de que la mención de este último a “los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda” parece necesariamente referida al codeudor solidario que paga por entero al acreedor lo que él mismo le debe por entero. . . .”<sup>48</sup>*

---

48 Una vez más, se tiene la impresión de que la inclusión del deudor solidario que paga la totalidad en el núm.3º del 1210 se ofrezca como simple consecuencia de que, de decantarse por la inaplicabilidad a aquél del citado núm.3º, ¿qué sentido y alcance cabría atribuir entonces al inciso “salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”? El análisis de los precedentes sin duda se ofrecen decisivos para la resolución de la cuestión.



# **SUBROGACIÓN POR PAGO VOLUNTARIO O FORZOSO DEL TERCERO HIPOTECANTE**

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
Universidad de Sevilla

## **1. OCASIÓN, Y ACOTACIÓN, DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE LOS DIVERSOS PROBLEMAS QUE SUSCITA EL PAGO HECHO POR QUIEN HIPOTECA UN BIEN PROPIO EN GARANTÍA DE UNA DEUDA AJENA.**

No hace mucho, la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361) vino a abordar dos cuestiones sin precedentes en la anterior jurisprudencia, que, sin embargo, encerraban más radicalmente otro problema, de mayor calado, al que el TS sí se ha enfrentado desde hace un tiempo. Aquéllas primeras eran referidas por la propia STS de 2009 al comienzo de su Primer Fundamento de Derecho: “El objeto del recurso de casación -decía en él- versa fundamentalmente sobre dos cuestiones: si el hipotecante no deudor que paga, voluntariamente o por ejecución forzosa de la finca hipotecada, tiene derecho a subrogarse en la posición del acreedor contra los fiadores solidarios del crédito, y en qué medida operaría el derecho de regreso, y si dicho hipotecante no deudor, caso de que se admita la subrogación, puede oponer al acreedor la facultad regulada en el art. 1.852 CC frente al acreedor, al haber sido liberados por éste los fiadores solidarios”.

En el fondo, más allá del caso concreto resuelto, latía en aquella STS una sola cuestión, al menos como la capital, al margen de otras colaterales: la de la posible asimilación del hipotecante por deuda ajena al fiador, con la consiguiente aplicación analógica a aquél de algunas de las normas sobre fianza; o, más en general, la de la naturaleza jurídica de la hipoteca por deuda ajena.

La presente STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361) tendrá que abordar tal materia para finalmente negar que el art. 1852 CC sea aplicable al hipotecante por deuda ajena, entre otras razones, porque no hay aquella asimilación entre hipoteca y fianza que justifique esta aplicación analógica. Al negar, para esta norma particular, la analogía entre la hipoteca por deuda ajena y la fianza, no hace esta STS sino sumarse a una jurisprudencia que así también la niega con alcance general, o referida a otras normas de la fianza pretendidamente aplicables por analogía al tercero hipotecante. Ahí están, las SSTS de 9 marzo y de 14 diciembre, ambas de 1874 (Col. Leg. nº 101 y 16, respectivamente), de 26 mayo 1950 (Col. Leg. nº 239), de 28 mayo 1991, de 6 octubre 1995 (RJ 7022), de 23 marzo 2000 (RJ 2025), de 9 marzo 2001 (RJ 3185), y de 3 noviembre 2004 (RJ 6869), a la que se suma aquella de 3 febrero 2009 (RJ 1361).

Frente a tal jurisprudencia hacía poco había resurgido la posición opuesta en una importante parte de nuestra doctrina, importando una vieja tesis gala y, sobre todo, italiana: la de considerar al hipotecante no deudor como figura idéntica, para unos, o similar, para otros, a la del fiador, y la de aplicarle, por ende, algunas o casi todas las normas que regulan la fianza. Se hablará, entonces, del hipotecante no deudor como “fiador real”<sup>1</sup>.

---

1 Ahí están, entre los nuestros, MORENO QUESADA, L (*Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987); CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 406, 411, 414 ss); AZPITARTE CAMY, R (*La hipoteca por débito ajeno*, en Libro Homenaje a JB. Vallet de Goytisolo, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 63-124); y, como más recientes, LOPEZ LIZ, J (*Procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, Barcelona, 1987, pp. 161 y 162); CORDERO LOBATO, E (“Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995”, en CCJC, 1996, pp. 237-254); FELIU REY, M (“Fianza real. Subrogación por pago de tercero interesado y solidaridad no uniforme”, en La Ley, 2001, nº 5429, pp. 1-16); BELUCHE RINCON, I (*El fiador hipotecario*, Valencia, 2002 -tomada de internet [http://www.tirantonline.com/DFRC\\_1001.htm](http://www.tirantonline.com/DFRC_1001.htm)); elogiendo el anterior trabajo citado, PANTALEON PRIETO, F (en su apocalíptico trabajo “Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del “fiador hipotecario”, en La Ley, 2002, nº 5537, pp. 1-5); mucho más moderada y acertada es CARPI MARTIN, R (*La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002); y en parte INFANTE RUIZ, FJ (*Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 170 ss). Ya, antes que todos ellos, insinuaron tal idea autores como DE LA RICA (en su conferencia tomada por



En esta disputa hace tiempo que nosotros mismos nos vimos inmerso, para adoptar una postura que apoyaba a nuestra jurisprudencia contraria a la analogía entre fianza e hipoteca dada por tercero<sup>2</sup>. Mas, precisamente por ello, no vamos a tratar dicha cuestión de nuevo. Aquí y ahora, vamos a centrarnos en aquella cuestión, más particular, que planteaba la STS de 2009, referida en sí y aisladamente a la subrogación por pago hecho por el hipotecante de un bien en garantía de una deuda ajena: a su fundamento y alcance, sobre todo, a si tal subrogación opera, o no, legal y automáticamente, si sólo en caso de pago hecho voluntariamente, o también cuando el pago es coactivo, realizado, en este caso, mediante la ejecución hipotecaria (de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena). A tal cuestión quedará circunscrita la presente reflexión, sin poder entrar en otras cuestiones conexas (por exigencias de tiempo y espacio para esta comunicación en la XVI Jornada de la APDC celebrada en Zaragoza), como es la propia que plantea aquella STS de 2009 (referida a la aplicabilidad del art. 1852 CC, o más genéricamente, acerca de las garantías de aquella subrogación por pago), o como pudiera ser la resolución de conflictos subrogatorios en caso de concurrencia de varias garantías prestadas por diversas personas a favor

---

Núñez Lagos: “La obligación personal y la responsabilidad en las nuevas modalidades de hipoteca”, en RGLJ, 1947, I, p. 71; *PUIG PEÑA* (en su *Manual, T. III-2º*, p. 40); o, en un trabajo conjunto, *ROCA SASTRE, RM y PUIG BRUTAU, J* (“Responsabilidad por débito ajeno”, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, pp. 183 y 190), mas sin llevar su opinión a sus últimas consecuencias, como en cambio sí lo hace la doctrina patria más reciente, antes referida. Tal vez el germen de esta más radicalizada postura se encuentre en lo que en su día mantuvo, y aún mantiene hoy a pesar de las muchas críticas recibidas, *DIEZ-PICAZO, L.* partiendo de la inseparabilidad existente entre débito y responsabilidad, entendió, y sigue entendiendo, que “el constituyente de la garantía -real- es un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía”. Así lo decía en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. 1978, p. 343, y así lo sigue diciendo en sus posteriores ediciones. Aunque esta explicación fue sostenida antaño y aún hoy por algunos, muy pocos ya (vgr., *FELIU REY*, pp. 3 y 4), otros autores, los más, la corrigen, considerando, con más razón, que mientras el fiador en sentido estricto es garante personal, pues asume una deuda y responde de ella con todo su patrimonio (cfr., arts. 1822 y 1911 CC, entre otros), el hipotecante por deuda ajena, en cambio, es garante real, pues no se convierte en deudor, es extraño a la deuda garantizada (cfr., art. 1857.II CC), y sólo responde de la deuda ajena limitadamente *y ob rem*, con el bien hipotecado. Y a esta doctrina han venido ahora a sumarse algunos autores más que, precisamente por ello, critican, en este punto, a la STS de 3 febrero 2009: son *BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R* (“Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009”, en CCJC, 2009, nº 81, pp. 1232-1237); y *DIEZ GARCIA, H* (“Efectos del pago efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria”, en *Aranzadi Civil*, nº 15/2009, y tomado aquí de Westlaw).

2 Ya en nuestro primer estudio sobre la hipoteca (*Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 392-396, 405 y 406), dimos cuenta crítica, aunque como cuestión colateral, de aquella tesis sobre el “fiador real”. Como objeto específico de estudio la retomamos, en defensa de la más reciente jurisprudencia que negaba la tesis del “fiador real”, en nuestro trabajo “El hipotecante no deudor: ¿un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, en *ADC*, 2007, p. 1659-1766.

del mismo deudor (esto es, la posible aplicabilidad del art. 1844 CC, o de cualquier otra solución para resolver tal posible colisión). Queden, pues, tales otras cuestiones para otra mejor ocasión.

## **2. EN PARTICULAR, LA SUBROGACIÓN POR PAGO DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR: FUNDAMENTO Y ALCANCE**

### **2.1. La subrogación legal por pago del hipotecante no deudor, al amparo del art. 1210.3º CC, y sin necesidad de aplicar el art. 1839.I CC, por su “*interés en el cumplimiento de la obligación*”**

Salvo muy contadas opiniones, la común doctrina, integrada incluso por muchos de los adeptos del “fiador real”<sup>3</sup>, coincide en negar la aplicación del art. 1839.I CC al hipotecante no deudor por su innecesariedad, porque para llegar a igual régimen bastan los arts. 1210.3º y 1212 CC.

Aun siendo éste el sentir común de la doctrina, alguna opinión discordante hay en la propia doctrina y, sobre todo, en algún pronunciamiento del TS que, precisamente, secundó la sentencia de la Audiencia Provincial del caso que aquí hemos recordado, siendo en ello acertadamente corregida por la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361).

En efecto, aunque en minoría hay quienes niegan aquel sentir común: unos porque, aun reconociéndole el derecho a subrogarse como consecuencia del pago, consideran que al hipotecante no deudor ha de aplicársele el art. 1839.I CC<sup>4</sup>. Otros, más radicalmente, consideran que el tercero hipotecante no encaja ni en el 1210.3º ni en el 1839.I CC, porque en el fondo se le ha de negar la subrogación legal. En la doctrina, posición

---

3 Como MORENO QUESADA (pp. 200-202); CORDERO (pp. 245 y 250); y, siguiéndole, BELUCHE (pp. 26 y 27).

4 Así lo creen, CAMY (p. 417); AZPITARTE (p. 109); CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); PANTALEON (pp. 2 y 3), aunque estos dos últimos por estimar que el 1839 no añade nada al 1210.3º CC; INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del art. 1210.3º CC, cree mejor aplicar el 1839, justificándolo (con CARPI, p. 185), “porque su fundamento se encuentra en la causa de garantía”, ¿o más bien en el hecho del pago?

aislada, por ser muy particular, es la de Lalaguna Domínguez<sup>5</sup>, para quien el hipotecante no deudor carece de subrogación pues el pago extingue la deuda y la hipoteca se extingue por consolidación. Siendo cierto esto último, no lo es lo primero que sin más desmorona la figura de la subrogación por pago. En otra posición particular, por híbrida, Carpi (pp. 182-192), Galicia Aizpurua<sup>6</sup>, y, siguiéndoles, Díez García (pp. 10-12), sólo estiman aplicable el 1210.3º cuando el pago hecho por el tercero hipotecante ha sido voluntario, pero no cuando el crédito es satisfecho por la ejecución hipotecaria (a lo que aludiremos en subepígrafe separado, el siguiente). En nuestro alto Tribunal, como única al menos, destaca la STS de 23 marzo 2000 (RJ 2025), donde se había planteado idéntico problema que resuelve la más reciente STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361): el derecho de regreso del hipotecante no deudor frente a los fiadores solidarios.

Decía tal STS de 2000, en parte de su Fundamento Jurídico 2º, que al hipotecante por deuda ajena le resultan inaplicables los arts. 1210.3º y 1212 CC porque “a los efectos de pago de la cantidad que reclama no puede considerarse “tercero”, al ser un “obligado” al pago porque mediante el contrato de hipoteca sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 del CC) respondiendo del crédito garantizado, garantía que se llevó a efecto incumplida la obligación mediante la ejecución hipotecaria”. La razón de esas comillas ha sido justificada por la doctrina de muy diversas formas: benévolamente, por Bercovitz<sup>7</sup>; sutilmente por Feliu Rey (pp. 3 y 4); y, cómo no, agriamente por Pantaleón (pp. 2 y 3), para quien si el hipotecante no deudor fuese, como dice la STS de 2000, un garante obligado, habría que aplicarle el 1839 CC. En lo que más importa, en el fondo, dicha STS ha sido unánimemente criticada por la doctrina porque el hipotecante por deuda ajena no es deudor, sino tercero y además interesado en el pago (amén de los citados, arremete también contra la STS citada, Beluche, pp. 26 y 27, con nota 258). Siendo esa la crítica unánime excúsenos aquí de entrar en el análisis concreto de aquella STS y, por tanto, de hacer más leña del árbol caído.

---

5 *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, pp. 82-84.

6 *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, 2006, pp. 137-140.

7 En su “Comentario” -a dicha STS-, en CCJC, 2000, p. 385.

Más allá del caso concreto que vino a resolver, lo más destacable ahora es que aquella idea general, de negar el art. 1210.3º CC al hipotecante por deuda ajena por estimarlo como un obligado al pago, fue aceptada por la SAP de Madrid de 20 septiembre 2002, recurrida en ese punto y sólo en él aceptado el recurso y acertadamente corregida aquella negación de la subrogación en la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), que en este punto es calificada como “excelente” y de recomendada lectura para estudiantes universitarios por Bercovitz (p. 1232), al enmendar la contraria a aquella STS de 2000. En particular, la STS de 2009, en su Fundamento de Derecho 2º, “considera que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del art. 1.210.3º CC, por las razones siguientes.(...) En primer lugar debe señalarse que del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda; es más, el supuesto del *solvens* codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se puedan comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo.(...) En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero “obligado” al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un “*tertium genus*” entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un “obligado” sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no (y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero ); fiador real (asimilado a la fianza) o no; etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en “si tiene interés en el cumplimiento”, que es la exigencia expresada en el precepto”. Tras esta afirmación, en la que sin mencionarla emplea las mismas comillas que aquella STS de 2000 cuya doctrina ésta rechaza, continúa la STS de 2009 con una extensa argumentación para, en contra de lo sostenido por la SAP de Madrid recurrida, acoger la doctrina mayoritaria según la cual el art. 1210 CC, a pesar de su dicción, no recoge meras presunciones, sino casos de subrogación legal, automática y de pleno derecho, que no requieren de la voluntad del acreedor ni del deudor. Este posicionamiento ha sido aplaudido con entusiasmo por quienes han venido a comentar dicha STS de 2009, como -naturalmente- Bercovitz (pp.

1232 y 1233), o a reseñarla, como Rubio Torrano (en Aranzadi Civil, 2009, nº 6). No obstante, a nuestro parecer, sin la intención de desanimar tal entusiasmo, ni mucho de negarle a tal explicación su razón, ésta no constituyó en el caso su *ratio decidendi*, tratándose más bien de un *obiter dictum*. No en vano, el párrafo que se dedica a aquella disertación comienza con un “otro tema que debe ser analizado...”. Porque el *punctum dolens* del recurso, y sobre el que sí genera doctrina la STS de 2009, aunque como única en contraste con la también solitaria de 2000, venía referido a si el tercero hipotecante tiene o no derecho a subrogarse por pago en los derechos del acreedor hipotecario por él satisfecho al amparo del art. 1210.3º CC. Y sobre él dirá en aquel Fundamento Jurídico 2º, una vez finalizado el *obiter dictum*: “Se plantea, finalmente, el tema central -dice, precisamente- de la cuestión controvertida, que se refiere a si el hipotecante por deuda ajena que paga es un interesado en el cumplimiento, y puede obtener al amparo del ordinal tercero del art. 1.210 el derecho de subrogación en los derechos del acreedor. La doctrina mayoritaria sigue un criterio afirmativo. Se argumenta: a) en relación con el derecho de agresión del acreedor -se dice que “tiene interés en el cumplimiento de la obligación de otro cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, hasta cierto punto o en determinada medida, el patrimonio de un tercero por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor, o entre el tercero y el acreedor, que incide en la que media entre deudor y acreedor”-; b), con la necesidad jurídica de cumplir; c), la conveniencia de cumplimiento; d), o con la evitación de un perjuicio - tiene interés aquel “a quien se le puede seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, del eventual incumplimiento de la obligación, o aquel que extraiga alguna ventaja cierta, no hipotética, del cumplimiento de esa misma obligación”-. Entendemos que existe el interés y que es en el cumplimiento, porque hay interés -dice, según nos parece, siguiendo a Rubio Garrido<sup>8</sup>- cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación (y no como sostiene un sector doctrinal en “la relación obligatoria”, -lo que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada -tercer poseedor-); y es procedente comprender tanto

---

8 *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, p. 200 ss.

el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla”.

Por nuestra parte, sin la necesidad de entrar en la naturaleza y alcance que el art. 1210 CC contiene, y sin “dejarse arrastrar por un arrebató de entusiasmo subrogatorio”, como parece tener la STS de 2009 según dice Díez García (p. 3), nosotros aceptamos, sin rechistar, que la subrogación por pago no se presume (art. 1209 CC), y que los casos de subrogación legal del art. 1210 CC son taxativos, aun siendo éstas las razones aducidas por la STS de 23 marzo 2000 (RJ 2025) y por Carpi, para no aplicar el art. 1210.3º CC al tercero hipotecante. Porque ello no se contradice con la cierta amplitud existente en la redacción de tales casos; como hace poco recordó Rubio Garrido<sup>9</sup>, conforme al ideal de concisión y sencillez que inspiró a todo el CC en general, la redacción del 1210 CC, dada la reducción de sus diversos números frente a los seis números del 1117 Proyecto CC-1851, es amplia, contemplando su nº 3º a cualquier pagador “*que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*”, entre los que podrían incluirse el fiador (art. 1839 CC), el tercer poseedor (art. 867 CC),...<sup>10</sup> Y es ahí donde, como advierte tal doctrina, también encajará el hipotecante no deudor, cuyo interés en el pago radica sencillamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble. Está, por ello, dicho sujeto facultado para pagar, por estar, precisamente, interesado en el pago. Tanto que, dada la inherencia real de la hipoteca (arts. 1876 CC y 104 LH), podría incluso decirse que tiene la carga real de pagar.

Ello es así salvo que quiera darse un salto en la dicción literal del art. 1210 (y en la del 1158 CC, vgr.), para así conectar el “*interés*”, no con el pago -con el “*cumplimiento*”, como dice el 1210.3º-, sino con la “*obligación*” (o incluso con la subrogación misma), pareciendo entonces necesario para el 1210.3º que el pagador deba de estar de una u otra forma

---

9 En su obra sobre subrogación por pago, p. 198, y que reitera en su obra sobre fianza, pp. 145 y 146.

10 También opinan de tal modo, BERCOVITZ (pp. 885-887); FERNANDEZ VILLA, J (*El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 CC*, Granada, 1999); y siguiendo a ambos, GALICIA AIZPURUA (p. 87 ss).

obligado e interesado en la propia subrogación<sup>11</sup>. Pero, como dice Berco-  
vitz (p. 40), tal distinción entre interés en el pago e interés en la obligación  
es artificiosa, inconsistente, pues “quien tiene interés en una obligación lo  
tiene en igual grado con respecto a su cumplimiento y viceversa”<sup>12</sup>.

Con aquella torcida interpretación, que centra el interés en la obli-  
gación, no en el pago, y que tal vez sea el germen de otras desviaciones  
más recientes (como la de la STS de 2000 citada), se cae en el error que,  
inevitablemente por su clara pero errónea dicción, cometen otros Códigos  
-no sus intérpretes-, donde literalmente se habla del “*obligado -"tenu",*  
*"tenuto"- por otro o con otro al pago*”, acaso como si debiera tratarse de  
un verdadero deudor y de que la subrogación legal por pago y, en general,  
el pago por “tercero interesado en el pago” sólo fuese predicable de los  
co-deudores solidarios y de los fiadores que pagan, como advierte nuestra  
STS de 2009. Así, del CC francés, cfr., arts. 1236 y 1251.3° (que habla de  
“*qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette*”),  
los arts. 1238 y 1253.3° CC italiano-1865, y del vigente el art. 1203.3°  
(que habla de “*colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento  
del debito, aveva interesse di soddisfarlo*”). Interesa destacar que sobre  
el *Code*, refiriéndose a los preceptos citados y a otros (vgr., arts. 2167 y  
2168, que hablan del tercer poseedor como “*obligado al pago*”), ya auto-  
res como Laurent (T. 31, pp. 209-212), o Troplong (T. 3, pp. 332-335), y,  
ya antes del CC francés, Pothier (IX, p. 452), criticaban aquella expresión  
por errónea, y que el Código tomó, dicen, del art. 101 de la Costumbre de  
París, al parecer, por influencia del Derecho canónico (sobre todo de Gren-  
nier), donde se hablaba de la “pena de pagar”. Pero como ya dice el propio  
Pothier (cit.): “*Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est, de  
la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que in facultate solutionis,  
pour éviter le délais: il n'est pas in obligatione; car le tiers détenteur n'est  
point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou parti-  
cipe aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée*”.

---

11 Dan ese “salto” DIEZ-PICAZO (pp. 482 y 483); y en parte HERNANDEZ MORENO, A (*El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 184-192).

12 En similar sentido, RUBIO GARRIDO (en su obra sobre subrogación, pp. 197 y 198); opinión, que como advierte DIEZ GARCIA (p. 8), se acoge en la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), al decir que en el tercero hipotecante “existe el interés y que es en el cumplimiento”... “y no como sostiene un sector doctrinal -los arriba citados- en la relación obligatoria, -lo que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada o tercer poseedor-”.

Tal vez por ello en alguno de tales Códigos haya sido necesario crear una norma *ad hoc* para contemplar la subrogación legal por pago de ciertos sujetos (vgr., arts. 2866 -antes, art. 2022 del CC-1865- y 2871 *Codice*-1942, sobre el tercer poseedor y sobre el tercero hipotecante, respectivamente). Pero tal adición no es necesaria en nuestro CC ante la correcta dicción del art. 1210.3º CC.

Otra forma de tergiversar el art. 1210.3º CC es atender aisladamente a su último inciso para concluir que, al modo en que parecen hacerlo aquellos otros Códigos, tal norma prácticamente sólo es aplicable al co-deudor solidario y al fiador (cfr., arts. 1145.II y 1839.I CC, respectivamente). Ciertamente, tales eran los ejemplos que el propio García Goyena hacía<sup>13</sup> comentando su precedente, el art. 1117.3º Proyecto CC-1851 (en su remisión explícita al art. 1068 e implícita al 1099), cuando había otros supuestos recogidos en tal precedente, que, sin embargo, hoy no recoge el art. 1210 CC. ¿Acaso por ello, por ese silencio, esos otros supuestos quedan hoy excluidos del art. 1210.3º CC? No; de lo contrario, de sólo aplicarse el 1210.3º al codeudor solidario y al fiador, o bien sobra aquél o bien sobran los arts. 1145.II y 1839.I. Pero ninguno de ellos sobra:

El art. 1839.I CC, aislada e históricamente considerado, como en parte sucede con el art. 1145 sobre el codeudor solidario solvente, fue necesario en su momento para imponer *ipso iure* y *ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria -y sólo a veces forzosa- cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano, contenido en la Novela 4.1 *in fine* de Justiniano, el D. 46.1.36 y en el C. 8.40.2; o la llamada carta de lasto -documento en que el acreedor cedía sus acciones- de nuestras Partidas -Leyes 11 y 13, tít. 12, P. 5ª- y del Fuero Real -Ley 11, Tít. 18, Lib. 3-). Así lo advirtió García Goyena (IV, p. 139 ss), refiriéndose al Proyecto CC-1851: Tras distinguir el art. 1116 del Proyecto-1851 entre subrogación convencional y legal, el art. 1117 Proyecto-1851 decía: "*La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 3º Del que*

---

13 En sus *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español, III*, Madrid, 1852.



*paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068*"; y refiriéndose a ese nº 3º, decía Goyena (p. 140): "Como la tiene el deudor mancomunado -entiéndase, solidario- y el fiador", añadiendo que "la subrogación del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal", y concluyendo así (p. 140), que en el art. 1117 "quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados". Porque (p. 141), "la equidad no permitiría prevalerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogación: ellos tenían derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podía negarla en el caso de habersele pedido, haya tenido la intención de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante". Luego, acerca del art. 1753.I Proyecto CC-1851 (nuestro actual 1839), insistirá G<sup>3</sup> Goyena (IV, p. 158) en lo ya dicho: "*Se subroga: á virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117.(...) Es un tercer beneficio -junto con la excusión y la división- que la ley concede al fiador: este no tiene necesidad de pedir la subrogación; la ley misma la pronuncia, porque resulta del hecho mismo del pago, y habemos dejado a un lado las vanas sutilezas que hacían necesario el sustituir á una subrogación, que no se daba espresamente, una pretendida acción de mandato*". Y así venía siendo la práctica, como nos explica don Benito Gutiérrez Fernández<sup>14</sup>, refiriéndose a la carta de lasto de las Partidas.

Tampoco sobra el 1210.3º CC que, en su amplia por concisa redacción, comprende más casos. Precisamente al respecto, como anillo al dedo viene traer uno que, aunque difiera del hipotecante no deudor por no ser garante, se identifica con él por su ajeneidad a la deuda y a la responsabilidad garantida con la hipoteca: es el caso del tercer poseedor. En el Derecho Romano (vgr., D. 20.6.12.1, de Paulo, o como más destacable la Novela 4.2 de Justiniano), y en las propias Partidas (Ley 18, tít. 13, P. 5ª, especialmente en su última frase) se preveía expresamente que si tal sujeto pagaba la deuda garantida con el bien hipotecado que había adquirido, se subrogaba -permítasenos lo anacrónico de la expresión- en el crédito satisfecho; era algo parecido al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del fiador, cuando nada tenían, ni tienen, que ver ambos sujetos. Tal

---

14 *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1875, p. 62.

vez por esa tradición, el art. 1117, en sus números 5º y 6º, y, reiterándolo innecesariamente, el art. 1815 Proyecto CC-1851 recogieron tal caso como otro más de subrogación legal, para dejar bien claro que ya no se trataba de un beneficio dependiente de la voluntad del acreedor. Y así también antes los arts. 1728 y 1925 Proyecto CC-1836. En cuanto al Proyecto CC-1851, decía en su art. 1117: *“La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 5º Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su disposición.(...) 6º Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenencias á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas...”*. Y reiteraba su art. 1815: *“El tercer poseedor que paga al acreedor se subroga plenamente en su lugar”*. De esta última norma dirá Luzuriaga (IV, p. 209), que *“la doctrina general acerca de la subrogación de las obligaciones está aplicada en el artículo 1815, que en rigor pudiera haberse escusado con lo dispuesto ya en el 1117”*. O sea, sucedió algo parecido a la necesaria aclaración que para el fiador supuso el art. 1753 Proyecto CC-1851 (el actual 1839 CC), ya entonces contenido en el más general art. 1117.3º (el actual 1210.3º CC). Finalmente, sin embargo, no habrá rastro alguno de aquellas normas específicas sobre la subrogación legal por pago del tercer poseedor de bien hipotecado, tal vez porque al dictarse el CC-1889 el art. 105 RH-1861 (mantenido en el RH-1870) hacía referencia a tal cuestión (cuando aún la hacía ya la citada Ley de las Partidas). Decía dicha norma: *“Si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor, y podrá exigir su reembolso al deudor, si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca”*. Pero, ¿qué sucedió después, cuando ya desaparece esta norma reglamentaria; acaso, entonces, fue tal silencio negativo, excluyente del tercer poseedor del ámbito del art. 1210 CC? No. La supresión del art. 105 RH en el nuevo RH-1909 se debió a que siendo el RH norma adjetiva o registral, y el Registro Inmobiliario cosa propia de derechos reales, no había aquél de inmiscuirse en cuestiones sustanciales relativas a derechos personales, que, precisamente, ya estaban contempladas en el art. 1210 CC. Así lo justificó en su momento Morell y Terry<sup>15</sup>, a quien hoy recuerda en su comentario a la STS de 2009 Díez García (pp. 7 y 8). Y, por su parte, la razón formal de su no expresa inclusión en el 1210.3º es, recuérdese,

---

15 En sus *Comentarios a la legislación hipotecaria, IV*, pp. 63, 151-153.

estilística: la concisión y sencillez que impregna a todo el CC. Y la razón sustancial de la lógica inclusión del tercer poseedor en el 1210.3º es también sencilla: el tercer poseedor es un tercero (no deudor, ni responsable), facultado para el pago, aunque no como pueda estarlo cualquier *poenitus extraneus*; aquél está especialmente interesado en el pago, precisamente para eludir la venta en subasta pública del inmueble de su propiedad. A dicha norma, de alcance general, puede sumarse una reciente norma también general sobre el tercer poseedor, el art. 659.3 LEC, y el más antiguo art. 867.II CC, aún vigente, que sin ser norma singular, sino expresión de la regla general del 1210 CC, se refiere a un caso particular de tercer poseedor (el del legatario de cosa hipotecada). Y si del tercer poseedor hay que predicar la subrogación legal por pago, ¿cómo cabe negarla al hipotecante no deudor? Este, como aquél, es tercero por ser ajeno a la deuda y a la responsabilidad, pero es constituyente de la hipoteca, titular del inmueble hipotecado, a la vista de todo lo cual es también un tercero interesado en el pago, para así evitar la ejecución del inmueble de su propiedad. Habrá, pues, de aplicarse igualmente a dicho sujeto el art. 1210.3º CC sin necesidad de recurrir al art. 1839.I CC.

## **2.2. La subrogación legal del hipotecante no deudor por pago hecho, voluntaria o forzosamente**

Uno de los motivos que en la SAP de Madrid del presente caso se opuso a la subrogación del hipotecante no deudor fue que éste “nunca realizó un pago, sino que se le ejecutó ante el impago de tercero aquello que ya puso a su disposición y quedó gravado en el momento de constituirse la hipoteca”. También en este punto vendrá a corregirla la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), cuando al razonar la concesión de la subrogación legal por pago, *ex* art. 1210.3º CC, a favor del hipotecante no deudor, terminaba considerando “procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella”.

En la doctrina, también los hay, aunque son los menos, que mantienen la negativa de la subrogación en caso de ejecución hipotecaria, como Carpi (pp. 182-192), Galicia Aizpurua (pp. 137-140); y, siguiéndoles, Díez García (pp. 10-12), alegando muy variadas, y variopintas, razones, siendo todas ellas rechazables en nuestra opinión; a saber:

Para empezar, echan en falta en nuestro Derecho para creer lo contrario -en la subrogación para todo tipo de pago, voluntario y forzoso-, una norma como la de otros ordenamientos, que expresamente conceda la subrogación al tercero hipotecante tanto si paga voluntariamente la deuda como si la satisface por ser expropiado, ejecutada la hipoteca. Es el caso, *a.e.*, del art. 2871 CC italiano (como el del art. 2866, aunque referido éste a la subrogación del tercer poseedor), en cuya virtud "*il terzo datore che ha pagato i creditori o ha sofferto l'espropriazione -dice- ha regresso contro il debitore*". Justificando tal redacción, se advertiría en la Relazione del Guardasigilli que "*l'alienazione dell'immobile ipotecato non può infatti costituire ostacolo al subingresso*"

En nuestra opinión, sin embargo, como venimos advirtiendo desde un principio, en este punto el dato de Derecho comparado no es definitivo: si tal mención a la ejecución forzosa se hace en una norma especial, referida a una subrogación concreta (la del tercero hipotecante), y no en la norma general sobre subrogación legal por pago (como sería el art. 1203.3º italiano, que sólo habla de "*pagamento*"), puestos a hacer distingos, ¿por qué no se hace sólo en tales ordenamientos donde sí hay diferencia dentro de la letra de la ley? No en vano, así lo hace, entre otros, Fragali<sup>16</sup>, creyendo que la norma general sobre subrogación sólo cubre el caso de pago voluntario, no si éste ha sido ejecutivo o forzoso. Entre los nuestros, Carpi niega la aplicación a favor del hipotecante no deudor del art. 1210.3º CC, nuestra norma general, y por ser meramente reiteración de aquélla la del 1839, negando en sí la subrogación, todo por entender que el 1210.3º CC, de interpretación restrictiva *ex* 1209 CC, sólo se refiere al pago voluntario. Pero, entonces, ¿carecen de subrogación también el tercer poseedor que sufre la ejecución del bien hipotecado, el codeudor solidario ejecutado patrimonialmente, o si se trata de un fiador agredido en su patrimonio?; para

---

16 En la voz "Ipoteca [Diritto Privato]", en ED, XXII, pp. 806-808, y 844.

este último caso, según aquella autora (p. 191, nota 303), el 1839 CC, en apariencia reiterativo del general art. 1210 CC, ha venido a conceder la subrogación al fiador aun en caso de pago forzoso. Ya hemos visto, sin embargo, que la necesidad del 1839 CC ha sido históricamente otra, no la que apunta Carpi, sino la de imponer *ipso iure* y *ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria -y sólo a veces forzosa- cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano; o la llamada carta de lasto de nuestras Partidas y del Fuero Real). Además, ¿por qué interpretar de diferente modo la palabra “pago” en los arts. 1210 y 1839 CC, o en los arts. 1158 y 1159 CC, como Carpi también pretende, cuando en nuestro ordenamiento no hay tal contraste de normas como en el italiano? *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Por eso, de ser restrictiva la expresión “pago” en el 1210.3º, como pretende Carpi, ¿por qué no también lo es la del 1839 que, como dice esta misma autora, es fiel trasunto de aquella norma más general? Claro que lo niega Carpi inventándose una razón del 1839 que nunca tuvo para que así no se niegue al fiador la subrogación en caso de pago coactivo. Mas, ¿sí es, en cambio, justo negársela al tercero hipotecante que sufre la ejecución hipotecaria? Pues, incluso atendido el dato jurídico extranjero, ¿no hay justicia interna, en aquel art. 2871 del *Codice*, en conceder la subrogación al tercero hipotecante aún en caso de ejecución hipotecaria? Para Carpi sí es justa aquella negación de la subrogación legal, salvo (dice, p. 191) que haya pacto por el cual el acreedor conceda el derecho de subrogación al hipotecante ejecutado, o lo apruebe el deudor, añade Díez García (p. 12), *ex* arts. 1209.2 y 1210.2º CC. O sea, ¡otra vez la antigua y hoy superada carta de lasto!

Es ahí, donde tiene pleno sentido la razón de justicia que expresa la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), cuando -recuérdese- considera “precedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto -dice- establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla”.

Tal razonamiento será muy criticado, en su comentario, por Díez García (p. 10), para quien “invocar razones de justicia sin ninguna apoyatura normativa es tanto como recurrir a una equidad que sólo permite fundar las resoluciones judiciales cuando la norma lo permite (art. 3.2 CC). De otra parte, y aun admitiendo estas razones de lógica y de justicia, ¿Es injusto que el garante vea materializado el riesgo que asumió? Evidentemente, no. Lo que quizá sea injusto es que el ordenamiento no le provea de las acciones adecuadas para alcanzar su indemnidad”. En esto último, que también defiende Galicia Aizpurua (p. 137 y 138), se les ve venir con la aplicación del art. 1852 CC, siendo, por ello, un razonamiento tautológico. En lo primero, en absoluto emplea la STS de 2009 una equidad integradora, sino con función interpretadora, pues no hay aquí una vacío legal que colmar, sino una norma que interpretar, que aplicar adecuadamente: el art. 1210.3º CC. Y en esa idoneidad en su aplicación habrá que atender, precisamente, a la equidad, a la justicia del caso particular de conceder la subrogación a favor del tercero hipotecante que sufre aquel “sacrificio”, que dice la STS, cual es soportar la ejecución de un bien propio para pago de una deuda ajena. En este sentido, lo injusto no es la materialización de tal riesgo, en el decir de Díez García, sino que tal tercero deba asumir por completo las consecuencias de la materialización de tal riesgo, cual es la pérdida del bien hipotecado por su ejecución forzosa.

Contra ello, se considera que en el caso de la realización hipotecaria no cabe la subrogación porque ni hay ya interés en la liberación (como reconoce la STS de 2009 y advierte por ello Díez García), y porque el hipotecante no ha colaborado con el acreedor en dicho pago, como dice Galicia (en p. 137), pues ha sido mero “espectador” -dice- de la ejecución.

En efecto, tras la ejecución hipotecaria, el tercero hipotecante ya no tiene aquel originario interés en que se cumpla la deuda a fin de evitar la ejecución. Pero ha terminado pagando, con su propio bien, una deuda que es ajena. ¿Puede, entonces, ser estimado como simple “espectador” de tal ejecución, que sufre en su propio bien, aunque su actitud haya sido incluso la de desampararlo, *ex art. 126.2 LH*, en el transcurso de dicha ejecución? Se ha comportado como un tercero, que interesado en el pago de una deuda ajena, al soportar la ejecución de su bien ha satisfecho al acreedor y ha saldado una deuda ajena. Negarle, pues, la subrogación sería legitimar el

enriquecimiento injusto en favor del deudor. Es esto último, precisamente, lo que según la doctrina italiana justifica que la subrogación del tercero hipotecante del art. 2871 de su CC opere aún en el caso de ejecución hipotecaria<sup>17</sup>. Ya antes, cuando en el *Codice* anterior, de 1865, ni siquiera había una norma correlativa al vigente 2871, la opinión de la doctrina era idéntica, desde que en Francia, aunque refiriéndose al tercer poseedor de un bien hipotecado y al amparo del general art. 1251.3° del *Code*, Laurent (T. 31, pp. 293 y 294), defendiera su derecho de subrogación tanto en caso de pago voluntario, de abandono, como de expropiación tolerada. Le seguirán en Italia, Melucci<sup>18</sup>, advirtiendo lo indiferente a los efectos subrogatorios que es que el tercero -refiriéndose al poseedor- pague con dinero o con los bienes hipotecados; ya refiriéndose al hipotecante no deudor, Palumbo<sup>19</sup>, quien se apoya en la común opinión (Mirabelli, Ricci, Merlo, Butera), y particularmente en Magini<sup>20</sup>, quien advierte de la *subtilitas iuris* que sería distinguir según el pago se haga voluntaria o coactivamente; sutileza, más que sutileza, según nosotros, en la que incurre Carpi, para quien la distinción, más que entre pago voluntario y forzoso ha de hacerse entre pago y ejecución, siendo sólo aquél, el genuino pago, el modo extintivo de una deuda contemplado en los arts. 1158 y 1210.3° CC, normas que, por tanto, en su opinión no se aplican al tercero hipotecante cuando es ejecutado en su bien, pues ello, precisamente, habrá presupuesto el impago.

Desde luego, el pago -de admitirse como genuinamente voluntario- difiere de la ejecución forzosa, tanto como ésta de la compraventa -voluntaria, se ha de entender-<sup>21</sup>. Pero en sus efectos, tales fenómenos convergen; en lo que a los efectos subrogatorios importa si el pago, o la ejecución, es realizado por un tercero la consecuencia sigue siendo la satisfacción del acreedor y la liberación para con él de la deuda.

---

17 Así, entre otros, RUBINO, D (*L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milán, 1956, p. 477); TAMBURRINO, G (*Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, 2ª ed., p. 323); o RAVAZZONI, A (*Le ipoteche*, Milán, 2006, p. 579).

18 *Il sistema ipotecario*, 3ª ed., Nápoles, 1913, pp. 306-308.

19 *La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, 1937, pp. 51 y 52.

20 *La surrogazione per pagamento nel Diritto privato italiano*, Turín, 1924, pp. 168 y 169.

21 Sobre esto último nos remitimos a nuestro *Derecho o carga real*, cit., pp. 534-537, con apoyo en las opiniones de Carnelutti, Chioevenda, Pugliatti, y, entre nosotros, de Ginot LLobateras, o de Fernández-Villavicencio Alvarez-Ossorio.

De restringir en exceso el significado de pago, al estrictamente voluntario como pretende Carpi, ¿acaso no es, o funciona como pago el ejecutivo específico o *in natura*, que como el forzoso, común o hipotecario, nace del impago voluntario? Incluso admitiendo, como llega a hacer Carpi (p. 187, nota 297), que el sentido más amplio posible de pago incluye también la ejecución forzosa específica de la prestación debida, ¿dónde quedan, a los efectos subrogatorios, los subrogados del pago -valga la redundancia-, como la dación en pago, la consignación, la *datio pro solvendo*,...? Carpi nada dice sobre esto último, aunque Díez García (p. 11), los admite a tales efectos. ¿Hasta dónde alcanzará esta progresiva ampliación del pago para permitir la subrogación? ¿Por qué, insistimos, distinguir cuando la ley no lo hace? Aquella distinción, que se pretende entre dos fenómenos iguales en su efecto satisfactorio del crédito, estaría injustificada.

Mas volviendo a esa idea de justicia, que según la STS de 2009 concede la subrogación se trate de pago o de ejecución, en representación de la doctrina opuesta que nosotros combatimos, dirá Díez García (p. 12), que negar la subrogación en caso de ejecución, “ni resulta injusto, pues si el tercero hubiera querido subrogarse lo podría haber hecho efectuando el pago antes de que hubieran concluido las actuaciones ejecutivas (cuando todavía tenía interés)... En cualquier hipótesis, ¿No podremos acaso entender que, en estos casos, la actitud del tercero equivale a una revelación explícita de su intención de no querer subrogarse, sino de desentenderse del problema abdicando de su derecho para que así se cobre el acreedor? Creo que sí. Y, en ese caso, habría que negar al hipotecante cualquier posibilidad de subrogación, pues pudiendo ser, en su caso, eventual beneficiario de una subrogación, su actuación presupondría una renuncia a la misma, pues su pago acaso se podría entender realizado entonces *animus solvendi*”.

En principio, desde luego, es posible que en la hipoteca, o que en cualquier tipo de garantía, exista una causa concreta adicional a la general de garantía que excluya el regreso y la subrogación (vgr., que la garantía se haya prestado *pro solvendo*, con renuncia al regreso, o también *donandi causa*,...). No en vano, para nuestra jurisprudencia, criticada en este punto por buena parte de nuestra doctrina, la gratuidad u onerosidad de la fianza, o de cualquier garantía en general, está muy en conexión con los intereses



del garante en el reembolso y la subrogación<sup>22</sup>. De hecho, sólo en tales casos concretos, considera la doctrina italiana arriba citada que el tercero hipotecante carece de reembolso y de subrogación. Pero, en general, ¿cómo deducir esa gratuidad, o esa renuncia tácita a la subrogación, por el solo hecho de soportar la ejecución hipotecaria?; ¿*quid* si el tercero hipotecante no pagó, no porque no quisiera, sino porque no pudo hacerlo, vgr., con dinero, del que carecía en aquel momento?; ¿por qué interpretar aquella tolerancia en la ejecución como renuncia tácita a la subrogación si tras la adjudicación del bien el hipotecante reclama lo debido y satisfecho al deudor garante? ¿Hasta dónde, en general, quiere llevar esta doctrina la natural y común gratuidad o liberalidad de las hipotecas por deuda ajena? Y si la hipoteca dada por tercero fuese onerosa, ¿acaso según esta doctrina sí habría subrogación en caso de que el hipotecante padeciera la ejecución hipotecaria, o tal vez tampoco la habría en tal caso? ¿Por qué, en general, con aquella observación, se hace depender el funcionamiento de la subrogación de la gratuidad u onerosidad de la hipoteca?

Con todo, en la minoritaria posición que objetamos se observa la ejecución de la hipoteca como algo patológico, como extraño o como última *ratio* de la función de garantía que cumple la hipoteca. A lo más pudiera admitirse tal idea en los casos de hipoteca prestada por el propio deudor, donde la amenaza de ejecución hipotecaria cumple una función coactiva para que el deudor pague voluntariamente. Pero esa presión psicológica que mueve al pago voluntario no existe tratándose de una hipoteca prestada por tercero. En este caso reluce la genuina función de garantía de la hipoteca, que no es asegurar el pago voluntario, sino la satisfacción del crédito en caso -precisamente- de impago voluntario, sujetando un bien a su posible ejecución para el pago forzoso frente a los riesgos de insolvencia y de concurso de acreedores. ¿Cómo entonces negarle al tercero hipotecante la subrogación cuando al ser ejecutado su bien está cumpliendo su función por excelencia, que no es la de pagar él, sino la de someter un bien propio en garantía de una deuda ajena?

---

22 Vid., GUILARTE ZAPATERO, en su *Jurisprudencia sobre fianzas y demás garantías*, Madrid, 1997, p. 37.



## TRES CUESTIONES SOBRE EL PAGO DE UN TERCERO

PEDRO DEL OLMO GARCÍA  
*Prof. Titular de Derecho civil*  
Universidad Carlos III de Madrid

En este trabajo me propongo tratar tres cuestiones sobre el pago de un tercero que están presentes en la jurisprudencia del TS de los últimos tiempos: la línea jurisprudencial que tiende a elegir entre una versión simplificada de los remedios previstos en el artículo 1158 sin fijarse en sus respectivos supuestos de hecho, algunos aspectos de la relación entre esos remedios y el enriquecimiento injusto y, por último, las relaciones entre la subrogación por préstamo y la subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor.

### **1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN *IN REM VERSO* EN EL PAGO DE TERCERO.**

En la jurisprudencia del TS se tiende a aplicar la acción *in rem verso* prevista en el artículo 1158.III a algunos casos de pago de tercero realizado *en la ignorancia del deudor*. Esto no es fácil de casar con el tenor literal de ese precepto que, literalmente, prevé una acción para reclamar la utilidad (o acción *in rem verso*, en la denominación usual en este campo de estudio) en los pagos de tercero realizados *contra la voluntad* de ese deudor. En mi opinión, esa línea jurisprudencial acierta generalmente con

el tratamiento adecuado a los casos que decide, pero lo hace sin explicar cómo y empleando a veces argumentos que no son correctos, precisamente, por no discriminar entre los distintos supuestos de hecho relevantes.

La explicación a esta actitud del TS, que se fija sólo en las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 1158 y se desentiende de los supuestos de hecho que las desencadenan, quizá sea el confuso panorama doctrinal existente en nuestro sistema en relación con los efectos del pago de tercero (sin subrogación). En efecto, como he explicado en otro lugar, algunos de nuestros autores más influyentes creen que en el art. 1158 hay sólo *dos* consecuencias jurídicas (reembolso/acción *in rem verso*) para los *tres* supuestos de hecho que en él se mencionan (pagos conocidos y aprobados por el deudor, pagos ignorados por éste y pagos realizados contra su voluntad)<sup>1</sup>. Esto, en realidad, no es más que una apariencia. Si recordamos las enseñanzas de la tradición francesa en que se sitúa nuestro Código civil -tradición que, a diferencia de lo ocurrido en España, sí se ha conservado en el resto de las codificaciones de esa área de influencia-, es fácil comprobar que en el precepto hay *tres* supuestos de hecho a los que se corresponden *tres* consecuencias jurídicas.

La manera más rápida de aproximarse a esa tradición es recordar los comentarios que ponía Don Dalmacio Pérez-Sarsfield a los preceptos del Código argentino de 1869 relativos al pago de tercero. Esos preceptos son -junto al anteproyecto belga de Laurent (1878)- el antecedente inmediato de nuestro Código en este punto y de ahí, su similitud con nuestro propio artículo 1158 CC<sup>2</sup>. Decía Vélez Sarsfield que, “cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción de mandato. Cuando se hace ignorándolo, la acción *negotiorum gestorum*”. El codifi-

---

1 Hay una explicación completa del sistema y una crítica a la doctrina mayoritaria, en P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, pp. 54 y ss. Las mismas ideas, en formato más breve, en “Comentario a los arts. 1158 y 1159 CC”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, pp. 1286-1289.

2 El art. 727 CC argentino decía “El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación estinguida (sic) con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si se hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento”. Cerrando el paralelismo con nuestro art. 1158, el art. 728 de ese mismo CC argentino añadía, “El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”.

cador argentino añadía que, en los casos en que el *solvens* hubiera pagado contra la voluntad del deudor, se le reconocía una acción para reclamar aquello en que ese pago hubiese sido útil, porque había que evitar el enriquecimiento de ese deudor y que, “cuando damos al que ha hecho el pago, acción para cobrar aquello en que el pago ha sido útil al deudor, le reconocemos sólo la acción *in rem verso*”.

Es decir, que los casos relevantes de pago de tercero en que se fija Vélez-Sarsfield son, como sucede en el artículo 1158 CC, el pago *conocido y aprobado* por el deudor, el pago *ignorado* por el deudor y el pago realizado *contra la voluntad* de éste. De igual forma, en los comentarios que hace Vélez-Sarsfield se puede apreciar también que los remedios para esas tres situaciones son, respectivamente, la acción contraria de mandato, la acción contraria de gestión de negocios y la acción *in rem verso*<sup>3</sup>. El olvido de esta tradición, acompañado quizá por el escaso tratamiento que se da en nuestro Código a la figura de la gestión de negocios, ha dado lugar en España a un panorama doctrinal confuso que no tiene parangón en ninguno de los ordenamientos de nuestro entorno.

Para acabar de entender este sistema de tres acciones, hace falta recordar un dato más: el de que la acción *in rem verso* era la solución que defendía la doctrina, en un determinado momento histórico, para aquellos supuestos en los que faltaba algún requisito de la acción de gestión de negocios ajenos<sup>4</sup>. En el pago de tercero, el supuesto en que esto ocurría era típicamente el del pago realizado contra la voluntad del deudor, y este es el motivo de que los Códigos de segunda generación similares al argentino o el español (así como el citado Anteproyecto belga) lo mencionaran expresamente, siguiendo en esto a los exégetas, quienes habían ido criticando en este punto la parquedad del *Code Napoléon*. Merece la pena destacar, en

---

3 Esta solución que propongo recuperar en nuestro sistema había sido ya sugerida por J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2º, Barcelona, 1956, p. 271 n 21. Recientemente, la sigue también G. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, 2006, p. 31.

4 Como se puede confirmar en la exposición del profesor Díez-Picazo en L. DÍEZ-PICAZO y M. DE LA CÁMARA, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1991, pp. 90 y 94 y en X. BASSOZABALARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que la denominación de acción *in rem verso* que emplean estos dos autores no coincide en ocasiones.

p. 23. La misma idea estaba ya en un autor tan influyente en nuestro art. 1158 CC como F. LAURENT, *Principles de droit civil français*, XX, 3º ed. Bruselas-París, 1878, pp. 362-363.

cualquier caso, que este modelo que definiendo reincorporar en nuestro sistema se ha venido a reflejar ahora en las propuestas de la Comisión General de Codificación y en el DCFR<sup>5</sup>.

Como desarrollaré en lo que queda de este epígrafe, algunos casos decididos por el TS aplicando la acción *in rem verso* y sin preocuparse de describir su supuesto de hecho se pueden explicar con una teoría que los agrupa, sobre la base de la idea anterior: son casos en los que esa acción de enriquecimiento es justamente aplicable porque, por distintos motivos, no se puede recurrir en ellos a la acción contraria de gestión de negocios. Veámoslo<sup>6</sup>:

1.1. La primera de ellas es la STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 3988), que supone una reciente culminación de la línea jurisprudencial que pretendo explicar aquí. En el supuesto enjuiciado en esa STS, que he comentado extensamente en otro lugar<sup>7</sup>, la empresa Gwydion SL había pagado las cantidades que otra empresa, ALVATUR SL, debía a un Ayuntamiento, a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social. Al hacerlo, tal y como explica el TS, “Gwydion SL buscaba su propio y exclusivo beneficio pagando deudas de empresas en dificultades para luego embargar sus bienes inmuebles y adquirirlos a bajo precio” (FD. 1º). En el caso, el pago de Gwydion SL había ascendido a unos 170.000 euros, que es la cantidad que reclama posteriormente a ALVATUR SL. En primera instancia, se absuelve a la demandada, mientras que en la Audiencia, se la condena a pagar unos

---

5 Véase la *Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos*, en [http://www.mjusticia.gob.cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura\\_C/1215198250781/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html) (página consultada el 9 de noviembre de 2012). En concreto, el art. 1155.2º dice que “El tercero podrá reclamar del deudor aquello que resulte de la aplicación de las normas relativas a la relación que existiera entre ambos o, en su defecto, aquello en que el deudor se hubiera enriquecido con el pago”. Como se ve, los casos de pago de tercero se regulan aquí por referencia a las normas generales aplicables, que normalmente serán las del mandato y la gestión de negocios ajenos, y la previsión residual de una acción de enriquecimiento. En el DCFR, véanse los comentarios al art. III.-2:107 DCFR (letra F).

6 Al lado de las SSTS que comento a continuación, hay otras en la misma línea. Por ejemplo, la STS de 18 de noviembre de 1998 (RJ 1056). No creo que tengan nada que ver, sin embargo, las oscuras SSTS de 25 de enero 1964 (RJ 245) y de 31 de marzo 1964 (RJ 1763), en que a veces dice apoyarse el TS.

7 P. DEL OLMO, “El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro”, *ADC*, 2012-III, pp. 1407-1417. Con posterioridad a la elaboración de ese comentario, he tenido ocasión de leer los que hacen a esa misma sentencia N. ÁLVAREZ LATA, *CCJC* nº 87, sept-dic 2011, pp. 1911-1929, autora con la que comparto algunas conclusiones, y J.L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *CCJC* nº 88, enero-abril 2012, pp. 450-475.

135.000 euros<sup>8</sup>. La diferencia entre lo pagado y la condena se debe a que, antes del pago de Gwydion SL, ALVATUR SL había pagado ya al mencionado Ayuntamiento unos 35.000 euros en un procedimiento de apremio. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia y, en mi opinión, acierta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no termina de explicar cómo se alcanza ese resultado, dado que el pago no había sido realizado contra la voluntad del deudor. Lo que ocurre en realidad es que Gwydion SL ha pagado subrepticamente, *a espaldas del deudor* y en su propio interés, lo que excluye la gestión de negocios y reconduce el supuesto a la acción *in rem verso*<sup>9</sup>. En el caso es claro que el *solvens* no actuaba en interés del deudor (*dominus negotii*) ni pretendía hacerlo (no consulta con él sus intenciones solutorias, sin que hubiera nada que se lo impidiese: no hay *absentia domini*<sup>10</sup>). Desde la interpretación tradicional que propongo recuperar en nuestro sistema, no hay problema para alcanzar la solución de acordar una acción *in rem verso* para estos casos de pago *escondido* al deudor en los que el tercero actúa movido por “cobdicia de ganar”, en la gráfica expresión de nuestra legislación de Partidas.

1.2. En la STS de 12 noviembre 1987 (RJ\1987\8397), una persona física, comisionista de una empresa textil (INDASA) con la que está discutiendo la cuantía de las comisiones devengadas, realiza un pago (de 932.000 pesetas, unos 5.800€) a una empresa de transportes que era acreedora de la mencionada empresa textil. Desde el punto de vista que interesa aquí, la cuestión que se plantea en este caso es si, una vez realizado ese pago (de tercero), puede el comisionista reclamar algo a la empresa textil (deudora) y en qué concepto. El TS acaba aclarando que no, puesto que hay datos en el proceso que ponen de relieve que “ese pago de 932.000

---

8 Véase SAP Madrid 19 de noviembre de 2007 (JUR\2008\56536).

9 Esta expresión de “pago a espaldas del deudor” es conocida en nuestra doctrina. Creo que el primero que la utilizó, en una propuesta fructífera, fue J. SERRA CALLEJO “Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero”, *La Ley*, 1991-2º, pp. 1082-1107, en p. 1089.

10 Sobre el requisito de la *absentia domini*, hay polémica entre los estudiosos de la gestión de negocios, pero creo que no me toca a mí ahora pronunciarme sobre ella. Desde el punto de vista que interesa aquí, se puede recordar que el art. 747 del Código portugués de 1867 establecía que el pago realizado sin consentimiento del deudor no daba lugar a ninguna acción, salvo si el deudor “hubiere estado ausente y recibido con aquel motivo manifiesto beneficio” (La versión española es de Alberto AGUILERA, Madrid, 1879)

pesetas no se ha hecho directamente al supuesto acreedor y sobre todo que se ha verificado sin conocimiento y hasta presumiblemente en contra de la voluntad de «INDASA», pero desde luego, y dadas las circunstancias de hecho no puede certificarse que el tal pago, al menos en principio, haya beneficiado a esta última Sociedad” (FD 7º). Para tratar de explicar que se acuda a la acción de enriquecimiento y se examine la (en el caso inexistente) utilidad recibida a pesar de no estar ante el supuesto de hecho que la establece en el artículo 1158.III, el TS dice un poco más abajo que “la jurisprudencia tiene sentado que en el pago hecho sin conocimiento expreso del deudor por un tercero, sólo podrá ejercitarse la «actio in rem verso» por este último en cuanto probare que le hubiere sido útil a aquél, pues de otra suerte, podría darse estado de validez a un posible y eventual fraude por connivencia dolosa” (FD 8º).

Creo que en esta última afirmación hay tanto de correcto como de incorrecto: es cierto que la existencia de un eventual “fraude por connivencia dolosa” exige recurrir al párrafo tercero del artículo 1158, puesto que ese ánimo excluiría la posibilidad de estar ante una gestión de negocios ajenos; pero no es cierto que esa *actio in rem verso* sea el resultado de cualquier pago realizado por un tercero “sin conocimiento expreso del deudor”, dado que también quien actúa como gestor de negocios lo hace sin ese conocimiento y su actuación le permite reclamar, no sólo la utilidad recibida por el deudor, sino también los “gastos necesarios y útiles” de su gestión (cfr. art. 1893; por ej. puede reclamar los gastos del pago). Como se ve, en la argumentación del TS también hay cierta confusión entre estas dos acciones.

En realidad, el recurso a la acción de enriquecimiento del artículo 1158.III en este caso es fácil de explicar en la lógica de que estamos ante un remedio aplicable en los casos en que falla alguno de los requisitos de la gestión de negocios prevista por remisión en el artículo 1158.II. En este caso no se puede apreciar gestión de negocios ajenos porque:

a) El tercero no está gestionando el interés del deudor al pagar: un auténtico gestor de negocios ajenos no hubiera pagado, en principio, un crédito dudoso del deudor (INDASA) frente a un acreedor con el que



aquél tenía una disputa<sup>11</sup>. En esta situación, incluso en la hipótesis de que el *solvens* quisiera gestionar el interés ajeno, su apreciación acerca del interés del *dominus negotii* no habría sido objetivamente correcta.

b) No hay *absentia domini*: el *solvens*, pudiendo hacerlo, debería haber consultado con el deudor antes de pagar. Si deliberadamente no lo hace, la aplicación del artículo 1158.III es irremediable.

1.3. En la STS de 30 septiembre 1987 (RJ 6455), La sociedad Joaquín Bernabeu, S.A. paga a un banco la letra de cambio librada por una persona física, don Miguel H.M., y luego pretende dirigirse contra ella reclamando el importe de la letra, los intereses del pago y los gastos del protesto (aproximadamente 6.900.00 pts., unos 43.000 €). El TS, como las sentencias de instancia, descartan la acción destacando que, en realidad, el *solvens* actuaba en interés de otra sociedad, CARESSA Inc, que también respondía del buen fin de la letra en cuestión por sus relaciones con don Miguel H.M y que, mediante ese pago, quedaba libre de responsabilidades respecto del banco. Por si quedaba alguna duda, se destaca también que ya en primera instancia se había probado que la realidad de la operación estaba clara por “concurrir en una misma persona la condición de representante legal de esta empresa (CARESSA Inc), en cuyo nombre suscribió un contrato de suministro con el demandado librador (don Miguel H.M.), y la de Vicepresidente del Consejo de Administración de la mercantil actora (Joaquín Bernabeu, S.A.)”. El razonamiento que el TS recoge del juez de Primera Instancia también es claro: “por ningún sitio aparece que el pago de la cambial por la demandante que postula su reembolso, se hiciese ni redundase en interés del demandado, al cual se ocultó intencionalmente, con miras a cubrir el interés de una tercera persona jurídica, con la que la pagadora estaba unida por vínculos económicos igualmente acreditados” (FD 2º).

De forma algo oscura el TS sigue el razonamiento de la primera instancia cuando dice: “el único móvil que indujo a la sociedad actora a pagar la cambial cuyo importe reclama, fue el de eximir de responsabilidad a otra empresa con la que mantenía estrechos vínculos, y ésta, a su vez, aparece ligada al librador de la letra, contra el que se ejercita la acción de reembolso por un contrato en cuyo desarrollo se originó la cambial en

---

11 Esa disputa queda recogida en el FD 7º de la STS en examen.

disputa, de modo que, siempre según la tesis de instancia, no desvanecida en el recurso, lo que la demandante hizo fue interferir de propósito el curso de un contrato de tracto sucesivo -suministro- entre el demandado y CARESSA Inc., realizando un pago, intencionadamente ocultado a aquél que, con tal maquinación, se vio privado de la posibilidad de oponerse al mismo «de forma expresa» a la vez que de utilidad indiscutible y no obstante, luego abocado a responder en la vía de reembolso prevista en el artículo 1158 del Código Civil, todo lo cual configura una conducta que viola el contenido ético de la normativa en que se pretende amparar la demandante cayendo en fraude de ley cuya constatación no puede impedir, conforme al número 4 del artículo 6 del Código Civil la debida aplicación de la norma que autoriza el reembolso la cual, en cuanto contiene la exigencia de que el pago redunde en beneficio o utilidad del deudor ha resultado eludida con el proceder de la actora” (FD. 3°).

Como se ve, el TS se desentiende de nuevo de los supuestos de hecho del artículo 1158 en un caso en que estaba claro que el *solvens* no era gestor de negocios del deudor (no actuaba en su interés, sino en interés de CARESSA Inc., y no había *absentia domini*) y, por ello, el único remedio a su disposición era como mucho esa acción *in rem verso*. Sin embargo, en esta ocasión, el mejor enfoque del caso podría probablemente hacerse con la idea de que el *solvens*, como representante encubierto de CARESSA Inc. en el pago, no puede tener más derechos que los que ésta hubiera tenido de haber intervenido por sí misma directamente ante el acreedor.

## **2. PAGO DE TERCERO Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO**

En la STS de 28 de junio de 2010 (RJ 5417) se decide sobre la reclamación de una promotora contra el contratista y el arquitecto (y sus respectivas aseguradoras) que habían causado unos daños de los que la primera había tenido que responder (en parte) frente al propietario del edificio colindante. El pleito se plantea, de forma algo oscura, como un caso de pago de tercero y, probablemente por ese planteamiento parcial, se desa-

rolla de una forma peculiar<sup>12</sup>. Aunque creo que la reclamación que el TS acoge finalmente es una reclamación fundada, en mi opinión la argumentación no está bien afinada.

En efecto, en esa STS se contienen frases como ésta: “El fundamento último de todo derecho de reembolso está en la proscripción del enriquecimiento injusto o sin causa, como principio de equidad que es base del Derecho patrimonial. El derecho de reembolso -entendido este último concepto en términos amplios, integrante de otros como reintegro, repetición o regreso- está reconocido en supuestos específicos, que no son sino una especificación del principio que veda el enriquecimiento sin causa. Tal es el caso del reintegro de los gastos necesarios al poseedor del *artículo 453 CC* ( STS 20 de mayo de 2002, RC n.º 260/2000 ) y de las acciones de reintegro basadas en el *artículo 1145 CC* ( SSTS de 16 de mayo de 1995, RC n.º 338/1992, 29 de noviembre de 1997, RC 2852/1993 )” (FD. 3º). Un poco más adelante, la STS añade que, “la acción del *artículo 1158 CC* tiene su fundamento último en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que la alegación de este principio no supone una individualización jurídica de los hechos distinta respecto a la invocación del *artículo 1158 CC*” (FD. 7º).

Creo que estas afirmaciones, en principio, no son correctas. La doctrina ha demostrado que sólo el párrafo tercero del artículo 1158 tiene parentesco con el enriquecimiento injusto, mientras que el derecho de reembolso del párrafo segundo mira más bien a las figuras de la gestión de negocios ajenos y al mandato<sup>13</sup>. Sólo desde un punto de vista muy abstracto y quizá en una lógica ajena a nuestra tradición, se puede decir que estas dos figuras son reflejo de un principio general que veda el enriquecimiento injusto<sup>14</sup>. En cualquier caso, ese punto de vista, que quizá sea irremediable para los casos difíciles, parece que corre el riesgo -particularmente des-

---

12 En esto estoy de acuerdo con K.J. ALBIEZ DOHRMAN (vid. p 871), quien ha comentado esta STS desde un punto de vista procesal y sugerente (CCJC nº 86, mayo-agosto 2011, pp. 860-882).

13 Véase la descripción general de P. DEL OLMO, *Pago...*, cit. pp. 39 y ss.

14 Sobre esto, las referencias mejores son L. Díez-PICAZO, “La doctrina...”, cit. y las páginas introductorias que le dedica al asunto X. BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento...*, cit. Ambos autores, por otra parte, defienden una visión por tipos del enriquecimiento que tampoco permitiría visiones tan abstractas como la que parece mantener ahí el TS.

aconsejable para un tribunal de casación-, debe evitar oscurecer el funcionamiento normal del sistema en la generalidad de los casos.

El supuesto sencillo y cotidiano que finalmente acaba decidiendo esta STS empieza con una obra que causa daños en el edificio colindante, destinado a colegio. En un primer juicio, se había absuelto a la promotora (PROCOBISA) y se había condenado al contratista (KRONSA) y al arquitecto técnico (D. Joaquín), acompañados de sus respectivas aseguradoras. Sin embargo, lo cierto es que antes de ese primer juicio PROCOBISA había adelantado parte de la indemnización de los daños causados al colegio (463.000 €), incluyendo el traslado inmediato de la actividad docente a unos barracones. Lo había hecho, probablemente, con la intención de que los daños no supusieran ninguna obstrucción para la continuación de las obras (vid. Antecedente de hecho nº 4). Cuando, en ese primer juicio y sobre la base de ese pago de 463.000 €, PROCOBISA dirige reconvencción contra el Colegio que la había demandado, el Juez de Primera Instancia de Irún le dice que, “estas cantidades se pagaron a cuenta de las cantidades que deberán abonar los responsables de los hechos acaecidos lo que supone el pago por cuenta de un tercero... debiendo por tanto PROCOBISA reclamar dichas cantidades a los responsables por quienes pagó”. Siguiendo el desafortunado (¿o malinterpretado?) consejo del Juez, PROCOBISA entabla una acción del artículo 1158 -sin especificar mucho más sobre cuál de ellas es-, acción que es desestimada en un segundo juicio por un Juez de Primera Instancia de Madrid y por la Audiencia, pero que el TS rescata *in extremis*, en la STS que aquí comento.

En mi opinión, estamos ante un caso que, en principio, parece relativamente fácil: el promotor ha respondido ante el Colegio colindante de los daños de que estaba obligado a responder solidariamente con el constructor y arquitecto técnico<sup>15</sup>. En un juicio posterior, sin embargo, se demuestra que sólo estos últimos son responsables de los daños, lo que da lugar a la necesidad de que se nivelen las relaciones entre el grupo de codeudores que, en principio, son solidariamente responsables ante la vic-

---

<sup>15</sup> Tras la LOE hay cierta polémica sobre la inclusión o no del promotor al lado del técnico y el contratista a que se refiere el art. 1909 CC. Tampoco es fácil la cuestión del carácter solidario de la responsabilidad. Véase un resumen en P. DEL OLMO, “Comentario al art. 1909”, en A. CAÑIZARES et al., *Código civil comentado*, IV, Madrid, 2011.

tima<sup>16</sup>. Si en el primer juicio, el Juez llega a la conclusión de que el promotor no responde y cree que eso significa que nunca ha sido responsable del daño ante la víctima, ese es un problema del Juez y del abogado que sigue un pronunciamiento *obiter dicta* poco afortunado. Sin embargo, ese problema particular quizá llegue a convertirse en un problema de todos, si los operadores se dedican a desarrollar y profundizar las afirmaciones poco matizadas del TS que hemos citado más arriba.

### 3. SUBROGACIÓN EX MUTUO CONTRA SUBROGACIÓN POR MANDATO DEL DEUDOR

1. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, nuestro Código civil recoge dos maneras distintas a través de las que el deudor puede promover la subrogación de un tercero en el crédito original. Tenemos, por un lado, la más conocida subrogación *ex mutuo* prevista en nuestro artículo 1211 y, por otro lado, la subrogación prevista para el mandatario en el artículo 1210,2º<sup>17</sup>. Las dos serían, utilizando una terminología usual en los sistemas de nuestro entorno, formas de *subrogación consentidas por el deudor*<sup>18</sup>. De esta forma, en nuestro Código coexisten la subrogación *ex-mutuo* –única posibilidad de subrogación promovida por el deudor prevista en el *Code Napoléon*- con esta figura tradicional de subrogación por

---

16 Desde el punto de vista de PROCOBISA, y si no se acepta la idea de responsabilidad solidaria, creo que podría construirse otra argumentación partiendo de que esta empresa ha mitigado el daño que le iba a causar el incumplimiento por parte del contratista y del técnico de los contratos que respectivamente les unían a la primera.

17 Esta segunda modalidad de subrogación no es, como se ha creído hasta tiempos relativamente recientes, una creación original de nuestro Derecho, ni mucho menos una invención de García Goyena en el Proyecto de 1851. Esta creencia errónea está en J.A. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del CC español*, Granada, 1999, p. 95. Por su lado, N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero*, Madrid, 2000, pp. 121 y ss. propone una explicación histórica de estas cuestiones basada en datos probablemente incompletos y que resulta de la generalización, en contra de los antecedentes conocidos, de una solución excepcional. En realidad, una figura similar a nuestro art. 1210,2º existía en el Derecho histórico anterior a la codificación en muchos sistemas y pasó a estar codificada en España, Portugal, Argentina y Suiza, por poner algunos ejemplos. Hay más información sobre esto en P. DEL OLMO, "Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor", *RCDJ*, julio-agosto 1998, pp. 1251-1252.

18 La expresión literal del Código en el artículo 1210,2º es que la subrogación "se presumirá", pero en la opinión de muchos autores, entre los que me cuento, ahí se está estableciendo un auténtico efecto legal. Más información en P. DEL OLMO, *Pago...*, cit. pp. 161 y ss. Creo, además, que hay buenos argumentos para entender que la autorización del deudor que da lugar a la subrogación ha de dirigirse *expresamente* a lograr ese efecto (op. cit. pp. 135 y ss.).

pago aprobado por el deudor que el texto francés no recogía. Con ello, el legislador español introdujo en el sistema una cierta incoherencia: en nuestro país, el problema que está sin resolver desde entonces es explicar por qué el artículo 1211 exige especiales requisitos de forma para obtener un resultado –la subrogación– que el artículo 1210,2 concede sin requisitos especiales<sup>19</sup>.

La STS de 13 noviembre de 2008 (RJ 2009\6) incide en estas cuestiones de forma colateral –y quizá hasta inadvertida-, pero desde el punto de vista que aquí interesa supone una visión parcial de las cosas que creo que no debe prosperar.

Esta STS parte de un complicado supuesto que el primero de sus fundamentos de Derecho resume a la perfección: “Para asegurar un préstamo contraído con D. Iván, D. Juan María había librado unos pagarés a la orden de su hija D<sup>a</sup>. Marcelina, quien los endosó al acreedor D. Iván; dichos pagarés se garantizaron con hipoteca sobre una finca propiedad de D. Juan María a favor de su hija y de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos de los catorce pagarés que se emitieron”. Los primeros de esos pagarés fueron atendidos sin problemas por D. Juan María, pero en el pago de los dos últimos pagarés surgieron algunos problemas que hicieron que interviniera en la operación un tercero, D. Alexander. Este D. Alexander es una de las partes del pleito que finalmente decide la citada STS de 13 de noviembre de 2008. El conflicto que se discute en esta STS surge cuando la finca hipotecada para garantizar esos pagarés resulta adjudicada a Verbena SL –que es la otra parte en ese pleito-, en virtud de subasta pública realizada en ejecución de otra hipoteca de fecha posterior. Es decir, que surge un conflicto entre quien dice ser titular por subrogación de la hipoteca cambiaria (D. Alexander), que era de mejor rango, y el adquirente de la finca hipotecada en virtud de ejecución de una hipoteca posterior (Verbena SL).

Para D. Alexander y D. Juan María, la deuda de éste último con D. Iván sigue viva y su nuevo titular es el propio D. Alexander, que la habría

---

<sup>19</sup> Quizá porque el problema no existe en los ordenamientos más influyentes a estos efectos, Francia e Italia, no es frecuente plantearse este problema en España. Con todo, hay autores que sí son conscientes de su existencia como, por ejemplo, J.M. RUIZ-RICO RUIZ, “Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1211 del Código Civil y su aplicación a los créditos hipotecarios”, *RJN*, enero-marzo 1994-9º, p 116 y F. BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona 1990, p. 237.

adquirido por subrogación en virtud del pago autorizado por el deudor D. Juan María (ex art. 1210,2º)<sup>20</sup>. Con ello, la finca adquirida por Verbena SL en ejecución de una hipoteca posterior, todavía estaría sujeta a la primera hipoteca sobre la misma finca que garantizaba los citados pagarés. Por el contrario, para Verbena SL, los pagos de los dos últimos pagarés han originado la extinción de los derechos de D. Iván contra D. Juan María, lo que implicaría que la hipoteca que garantizaba los pagarés se habría extinguido y que D. Alexander no habría podido subrogarse en la posición de D. Iván. Según esta explicación de los acontecimientos, la finca adquirida por Verbena SL en la ejecución de una hipoteca posterior ya no estaría sujeta a la primera hipoteca que garantizaba los mencionados pagarés, dada su extinción por el pago. De esta manera, lo que sucedería es que la segunda hipoteca avanzaría en su rango y que se conjuraría el peligro del efecto resolutorio de la ejecución de la primera hipoteca sobre las posteriores (cfr. art. 674 LEC y art. 134 LH).

Así las cosas, la situación es que, si paga el tercero (con la autorización del deudor), se produce la subrogación del *solvens*, mientras que si el pago lo realiza el deudor, se produce la extinción del crédito (salvo que ese pago se haya hecho en virtud de un préstamo y reúna los requisitos formales del art. 1211). Para llegar a una decisión es decisivo, entonces, determinar quién ha pagado, dado que lo que sí está claro –la forma sirve para eso– es que no se reúnen los requisitos formales necesarios en la subrogación *ex mutuo* del artículo 1211.

La STS en comentario acaba aceptando que sí se ha producido subrogación en virtud del artículo 1210,2º, dando por probado que el pago

---

20 Quizá conviene aclarar que, en realidad, no ha habido un auténtico pago por intervención, en el sentido propio que se utiliza esta expresión en el ámbito de los títulos valores. Aunque creo que la cosa no acaba de quedar clara en la STS en cuestión, sí se puede destacar la idea de que el art. 74,2º de la Ley Cambiaria y del Cheque establece un plazo para proceder al auténtico pago por intervención (ex art. 96 LCCh) y que, transcurrido ese plazo (vid art. 51 LCCh), ya no es posible obtener los efectos propios de ese tipo de pago (entre otros, la adquisición de los derechos cambiarios de aquél por cuenta de quien se interviene) y que nos vemos obligados a movernos en las normas generales sobre el pago de tercero. Sobre esto V. SANTOS MARTÍNEZ, “La intervención cambiaria”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, p. 3593; J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “La intervención cambiaria”, *RDBB*, nº 6, abril-junio 1982, p. 321; y A. MENÉNDEZ, “La intervención en la letra de cambio”, en A. Menéndez (dir.), *Derecho cambiario: estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1992, p. 734. Además, dada la configuración del pagaré, resulta difícil imaginar la posibilidad de un pago por intervención realizado por cuenta del librador.

lo había realizado un abogado que actuaba en nombre de D. Alexander y aceptando también que hubo una transferencia de fondos de D. Alexander que acabaron en manos del acreedor original. En mi opinión, esta solución puede ser el final de los problemas que el caso planteaba como caso de hipoteca cambiaria, problemas que quizá han acaparado la atención del TS, pero el asunto no se agota ahí desde el punto de vista de la coordinación de las dos modalidades de subrogación existentes en nuestro Derecho.

2. Según explica la doctrina especializada, las hipotecas cambiarias plantean típicamente problemas de fraude<sup>21</sup>. Desde el punto de vista que aquí interesa, los problemas se centran en la posibilidad de fraudulentas hipotecas de propietario<sup>22</sup>. Lo explica gráficamente A. Ventoso, poniendo la hipoteca cambiaria en relación con las obligaciones hipotecarias y diciendo que, “cuando una persona veía en el horizonte nubarrones que podían provocar una precipitación de acreedores, abría el paraguas de una hipoteca de propietario bajo esta forma”<sup>23</sup>. Pues bien, una vez comprobado que la operación no buscaba una intención fraudulenta en este sentido y que D. Alexander sí había realizado una atribución patrimonial a favor de D. Iván, da la impresión que el TS se queda tranquilo<sup>24</sup>.

---

21 Sobre la mirada cautelosa que la doctrina recomienda sobre estas hipotecas cambiarias, se puede ver R.M. ROCA SASTRE et al., *Derecho hipotecario*, IX, 9ª ed. Barcelona, 2009, p. 325; A. DE COSSIO y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, p. 340; J. ROCA GUILLAMÓN, “La hipoteca cambiaria”, en U. Nieto Carol (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-2ª, Madrid, 1996, p.273, entre otros. Muy claramente, pero en relación con las obligaciones, J.M. REY PORTOLÉS, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pp. 201 y ss.

22 R. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA “La hipoteca”, en J.F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, II-3ª, Madrid, 2003, p. 765. Una idea similar en J. ROCA GUILLAMÓN, “La hipoteca...” p. 272 y A. VENTOSO ESCRIBANO, “Hipoteca cambiaria: comentario a la Resolución de 1 de junio de 2006”, *RJN*, nº 61, 2007, pp. 251-350, en p. 311. Ideas similares en el terreno vecino de las hipotecas por títulos al portador en F. OLIVA BLÁZQUEZ, “La cancelación de la hipoteca en garantía de títulos al portador”, *RDPat*, nº 5, 2000-1º 458

23 A. VENTOSO ESCRIBANO, *RJN*, cit. pp. 316-317.

24 El hecho de que Verbena SL fuera un adquirente en subasta de la finca hipotecada quizá tenga un peso también -de forma oscura- en la decisión de la STS de noviembre de 2008 que comentamos. Ténganse en cuenta por otro lado, como base de una argumentación paralela, los arts. 231 y 232 RH y, sobre ellos, R. DE LA RICA y ARENAL, *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, I, Madrid, 1946, p. 244; R.M. ROCA SASTRE et al. *Derecho hipotecario*, VIII, 9ª ed., p. 265 y E. CORDERO, “La hipoteca”, en A. CARRASCO et. al., *Tratado de los derechos de garantía*, I, Madrid, 2008, p. 953. Conviene advertir que no tiene mucho sentido el requisito que Roca Sastre exige de que, para aplicar el art. 231 RH, el pago por el deudor tenga que haber ocurrido antes de la subasta. Ese requisito adicional, que no impone el texto de la norma, deriva probablemente de la opinión de Roca Sastre de que el adjudicatario de la finca asume personalmente la deuda garan-



En mi opinión, sin embargo, la STS de 13 noviembre de 2008 ha desatendido otras cuestiones que también planteaba el caso y que, en casación, deberían haber sido tratadas. La solución del caso que da el TS es posible gracias a que el artículo 1210,2º no exige forma alguna, pero resolverlo así probablemente supone devaluar los requisitos formales del artículo 1211. Efectivamente, si el artículo 1210,2º prevé el efecto de la subrogación a instancias del deudor sin requisitos especiales, ¿para qué ponerse muy estricto con la exigencia de los requisitos del artículo 1211? Desde el punto de vista de los operadores jurídicos, esta pregunta se puede plantear diciendo, ¿por qué incurrir en los costes formales del artículo 1211, si el artículo 1210,2º permite obtener el mismo efecto sin ellos?

3. La cuestión no es baladí porque los requisitos formales del art. 1211 se justifican en la conveniencia de proteger los intereses del resto de acreedores del mismo deudor y, en general, de quienes no han participado en la operación promovida por el deudor. Se trata, pues, de una cuestión de lo que los economistas llamas *efectos externos*, a los que siempre ha de estar especialmente atento el legislador de Derecho privado y un Tribunal de casación.

Esta justificación de los requisitos formales del artículo 1211 siempre ha estado clara en la doctrina<sup>25</sup>. Ya en los comentarios de García Goyena a los artículos 1119 y 1120 del Proyecto de 1851 (antecedentes del artículo 1211 CC) se decía: “La subrogación es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar a un acreedor menos riguroso; justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo. Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios o hipotecas posteriores; y éste es el objeto

---

tizada por las cargas anteriores, liberando al deudor original. Hoy en día esta opinión ya no es la mayoritaria, como diagnóstica J.M. MIQUEL, “Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior”, *RDPA*, 1999-2”, nº 3, p. 30, con cita de abundante literatura. Su bien fundada opinión también tiene su reflejo en la doctrina civilista (E. CORDERO, cit. p. 1015) y procesalista, como en J. UCEDA OJEDA, “Comentario al art 668” en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Comentarios a la nueva LEC*, Barcelona, 2000. Cfr, sin embargo, L. RODRÍGUEZ OTERO, *Elementos de Derecho hipotecario*, II, Madrid, 2003, pp. 170 y ss., así como la última edición del célebre tratado de Roca Sastre, donde se sigue manteniendo la opinión inicial. La polémica está recientemente recogida en A. GÁLVEZ CRIADO, *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Valencia, 2007, p. 333 y ss.

25 Esto es compartido por la generalidad de nuestra doctrina. Véase ya MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 1º, Madrid, 1967, p. 925.

de los requisitos que se exigen por el artículo 1120. Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otro para ese objeto, y hacer la subrogación para defraudar a los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y el pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán éstos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor”.

Las palabras de García Goyena recogen la tradición de los mejores exégetas franceses, quienes explican con todo detalle que se trataba de evitar que se hiciera revivir un crédito ya extinguido en perjuicio de otros acreedores del mismo deudor a través de posdatar y antedatar operaciones<sup>26</sup>. Imaginemos, decía Demolombe, un inmueble gravado con dos hipotecas a favor de dos acreedores distintos; en el momento del pago puro y simple al primer acreedor, el segundo pasa a ocupar el puesto preferente. Si luego el deudor necesita pedir más dinero a préstamo y el prestamista sólo está dispuesto a darlo si se le ofrece como garantía una primera hipoteca (o si, simplemente, el interés al que se ofrece el nuevo préstamo es más bajo en caso de obtener esa primera hipoteca), el deudor podría hacer un documento de préstamo con fecha anterior al pago que se hizo al primer acreedor, colocando así al prestamista en la posición (ya inexistente, en realidad) del primer acreedor hipotecario. Por ello, es necesario que conste con certeza la fecha del préstamo<sup>27</sup>. De la misma manera, sigue Demolombe, también es posible que se logre defraudar a los acreedores hipotecarios subsiguientes, si el deudor convence al acreedor pagado de que le dé un nuevo recibo de fecha posterior al nuevo préstamo que solicita. Por ello, es necesario que también la fecha del pago conste de manera cierta (cfr., sin embargo, el art. 1211 CC).

¿Concurrían problemas de fraude similares a los señalados por los exégetas en el caso decidido por la STS que comentamos? A estas alturas

---

26 TOULLIER *Droit civil français*, VII, 5ª ed. París, 1830, pp. 132, 164 y 210, LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVIII, 3ª ed. Bruselas 1878, pp. 62-64 y COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, V, 2ª ed., París, 1883, pp. 354-356.

27 Este resumen está tomado de P. DEL OLMO, *RCDJ*, cit. p. 1259. Se puede ver la cita de DEMOLOMBE en *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, París, 1872, pp. 353-356.

es probablemente imposible de saber, pero lo cierto es que hay datos en los antecedentes del pleito que, sin cuestionar la realidad de una atribución patrimonial entre D. Alexander y D. Juan María y sin cuestionar la inexistencia de fraude desde el punto de vista de las hipotecas cambiarias, apuntan a que la operación había sido realmente un préstamo y no un pago de tercero y que, por tanto, se debió negar la subrogación por no concurrir los requisitos del artículo 1211. Me refiero a:

En primera instancia, el Juzgado da por probado que “no consta que D. Alexander entregara cantidad alguna a D. Iván”. En la subsiguiente SAP Valencia que es objeto del recurso resuelto en la STS que comentamos, se dice que D. Alexander había reconocido en la contestación a la demanda que había hecho un préstamo a D. Juan María<sup>28</sup>.

Si repasamos la SAP Valencia en cuestión, sí queda claro que D. Alexander efectuó no una, sino dos entregas de dinero, pero no queda claro a quién se efectuaron esas entregas<sup>29</sup>. Asimismo se dice que se informó al acreedor D. Iván de que el dinero con el que se pagaba pertenecía a D. Alexander, dato que también apunta a la idea de préstamo y no a la idea de pago de tercero. Además, en igual sentido, consta claramente que el pago lo realizó el abogado del deudor.

Estos datos confirman lo difícil que es distinguir entre dos operaciones económicamente tan similares como un préstamo y un mandato de pago (sin provisión) y, además, creo que permiten observar lo absurdo

---

28 Véase el primero de los antecedentes de hecho de la SAP Valencia (secc. 6<sup>o</sup>) de 29 de noviembre de 2002 (JUR\2003\32496).

29 Esta falta de claridad creo que se desprende del siguiente párrafo de la mencionada SAP: “el demandado Sr. J. (este Sr. J. es el D. Alexander de nuestra STS), a través de la empresa Bronces J., SL efectuó sendas entregas por importe de 8.000.000 ptas. y 10.000.000 ptas., cantidades de dinero que según sostiene el también demandado Sr. C. (D. Juan María, en la STS) fueron destinadas al pago del importe de los pagarés, ya vencidos, con garantía hipotecaria de que era titular el Sr. L. (D. Iván, en la STS) al haberlos obtenido mediante endoso, la procedencia del dinero para el pago de los precitados pagarés viene igualmente sostenida por el hecho pacífico de que tras el pago de los primeros pagarés, se informó al Sr. L. (D. Iván) que el dinero con el que estaba haciendo pago de los mismos era del Sr. J. (D. Alexander), testificando en igual sentido D. Alberto A. O., abogado del Sr. L. (D. Iván), es más, el propio Sr. L. (D. Iván) reconoció en el acto del juicio que por los siete últimos pagarés fue requerido de pago el Sr. C. (D. Juan María) vía notarial, –requerimiento de 13 de octubre de 1998– atendiendo inmediatamente el requerimiento, siendo de apreciar que la segunda entrega por importe de 10.000.000 ptas. se efectuó en fecha 19 de octubre de 1998, todo ello no hace sino constatar la realidad de las entregas de dinero para su entrega al legítimo poseedor de los pagarés garantizados, el cual en la medida que le era satisfecho el importe de los mismos entregaba los pagarés”.

que es que la solución de este caso dependa de si el representante que pagó había actuado en nombre del deudor o en nombre del tercero. La cosa es especialmente oscura si se piensa que (¿ambos?) actuaban por medio de (¿el mismo?) representante<sup>30</sup>. Una vez surgido el conflicto, también está claro el interés del deudor en colaborar por todos los medios con el supuesto *solvens*, lo que es un nuevo argumento a favor del mantenimiento de los requisitos formales en operaciones como ésta.

Todo esto me lleva a reafirmar mi opinión de que efectivamente en ambos casos, pague el tercero con su dinero o pague el deudor con dinero prestado, debe producirse la subrogación por aplicación del precepto que corresponda, pero que, como los problemas de fraude son iguales en los dos casos, ambos deben requerir una forma determinada. Mientras el legislador no se preocupe de coordinar estas dos modalidades de subrogación promovidas por el deudor, sigo creyendo que es preferible extender los requisitos formales del art. 1211 al supuesto del artículo 1210,<sup>2931</sup>.

Desde un punto de vista de política legislativa, creo que existe un interés en que estas operaciones objetivamente tan confusas se realicen de forma clara; creo también que esa claridad se puede lograr mediante requisitos formales y que eso haría que, en supuestos como el juzgado en la STS de noviembre de 2008, el resto de los acreedores del mismo deudor se quedaran *tranquilos* –por decirlo con el término que usaba García Goyena– y no sintieran la necesidad de recurrir a un largo y costoso proceso para aclarar los movimientos del deudor y del tercero.

---

30 En la doctrina francesa e italiana, hablando de las posibilidades de fraude previsibles en la subrogación por voluntad del deudor, también se señalaban las posibilidades de que se defraudaran los intereses del prestamista. Éste podía prestar confiando en una subrogación que finalmente no se llegaba a producir porque el deudor dedicaba la suma prestada a fines distintos al de pagar con subrogación. Así, algunos autores llegaban a recomendar al prestamista que fuera él personalmente el que pagara al acreedor actuando como representante del deudor y en el mismo momento de hacer el préstamo. En esa línea, se puede ver, entre otros muchos, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Tratato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, Milán, 1915, p. 650, PACIFICI-MANZZONI, *Instituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5ª ed. Florencia 1926, p. 556. Si bien este consejo recogido por estos autores es razonable, lo que es claro es que este posible fraude para el prestamista bien puede dejarse a su propio cuidado. En nuestra doctrina, recoge esta tradición F. LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *ADC*, 1994-IV, p. 39. La misma idea se recoge en el art. 2 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

31 P. DEL OLMO, *RCDI*, 1998, cit. p. 1268.

4. Para terminar este epígrafe, he de destacar que el problema de coordinación entre las figuras recogidas en los artículos 1210.2 y 1211 CC persiste en la Propuesta de Modificación del CC en materia de Obligaciones y Contratos. En efecto, la regulación propuesta mantiene básicamente la situación actualmente existente de dos formas de subrogación promovida por el deudor, sin coordinarlas entre sí. Así, el artículo 1156.1 de la Propuesta establece que se produce la subrogación “2º. Cuando el deudor haya aprobado expresamente el pago del tercero”, mientras que en el párrafo siguiente de ese mismo artículo se establece: “El deudor que, para pagar la deuda, hubiera recibido fondos de un tercero, podrá subrogar a éste en el crédito pagado, sin necesidad de consentimiento del acreedor, siempre que la transferencia de los fondos se haya hecho constar en escritura pública y en la carta de pago se haya expresado la procedencia de la cantidad pagada.” La situación, pese a la cercanía física en que se colocan los dos supuestos, no ha cambiado mucho respecto a la actual. Con ello se ha perdido una oportunidad de (proponer) acabar con la incoherencia señalada en este epígrafe y que, según hemos visto en la STS de 13 noviembre de 2008, permitía soluciones no muy deseables que apuntan al desmantelamiento de los requisitos formales del art. 1211.



# **LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL COMO MEDIO LIBERATORIO DEFINITIVO DE LA DEUDA HIPOTECARIA<sup>1</sup>**

**FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ**  
*Profesora Titular de Derecho civil*  
Universitat Politècnica de València

---

<sup>1</sup> La presente comunicación se elaboró y presentó con la normativa vigente antes de la celebración de las XVI Jornadas de la APDC, en Zaragoza. El día de inicio de las mismas se publicó en el BOE el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012), y con posterioridad la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013); el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013); Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 05 de junio de 2013), y Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013).

## 1. LA DACIÓN EN PAGO: CONSIDERACIONES GENERALES

Debemos partir del artículo 1156 del Código civil que regula la extinción de las obligaciones en Derecho español, el cual señala como una de las formas de extinguirse las obligaciones, el pago o cumplimiento.

El art. 1157 del Código civil considera que no se entiende pagada una deuda sino cuando completamente se ha entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía. Y teniendo en cuenta el art. 1166 del mismo cuerpo legal, el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Se establece, pues, la identidad del objeto de la deuda, y queda a la voluntad del acreedor a que se considere cumplida la relación obligatoria cuando el deudor entrega otra diferente.

No encontramos en el texto legal una definición de la dación en pago, y ha sido la doctrina especializada la que nos ha proporcionado el concepto de la misma, siendo entendida como un acto en virtud del cual el deudor realiza voluntariamente a título de pago una prestación distinta de la debida al acreedor, quien consiente en recibirla en sustitución de ésta. Sin embargo, en un sentido mucho más amplio es la ejecución de una prestación diferente a la convenida, ya que puede no consistir en la entrega de una cosa en sentido estricto.<sup>2</sup>

La discusión doctrinal ha radicado en la naturaleza de la misma<sup>3</sup>, es decir, si se trata de una compraventa o de una novación de la obligación.<sup>4</sup>

---

2 DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular*, Madrid, 1984, pág. 254.

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de Derecho civil*, vol. 10, núm. 3, 1957, págs. 753-798.

4 Sobre las aportaciones doctrinales referentes a la dación en pago, puede consultarse: FÍNEZ RATÓN, J. M.: «La dación en pago», *Anuario de Derecho civil*, vol. 48, núm. 4, 1995, págs. 1467-1528; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M<sup>a</sup>. T.: «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 581, 1987, págs. 977-1020; PASCUAL ESTEVILL, L.: «La dación en pago», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 575, 1986, págs. 1109-1130. Más recientemente: BELINCHÓN ROMO, M<sup>a</sup>. R.: «Nociones generales sobre la dación en pago», *Enlaces: revista del CES Felipe II*, núm.



En la *datio in solutum* existe previamente un crédito anterior que se extingue por la transmisión del dominio, mientras que en la compraventa no sólo no hay una liquidación de una obligación crediticia, sino que, incluso, precisamente a partir de que se perfecciona nacen las obligaciones inter partes conforme a los arts. 1461 y 1500 del Código civil.<sup>5</sup>

El art. 1175 del Código civil establece que: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento civil». En este precepto se establece el supuesto de cesión de bienes a los acreedores, la llamada *cessio pro solvendo* y en la que, a diferencia de la dación o adjudicación en pago, que origina automáticamente la extinción de la obligación, ya que es considerado como un cumplimiento, aunque impropio, por el contrario, en el caso de cesión para pago, no existe la liberación de la responsabilidad del cedente sino por el importe líquido de los bienes cedidos, por lo que no se recibe el dominio de la cosa sino el derecho a venderla para que con su importe hacer el pago de su crédito con lo que haya obtenido al vender dichos bienes. En este sentido, SSTS diciembre 1943 (RA, 1943, 1309); 30 junio 1994 (RA, 1994, 5994) y 28 junio 1997 (La Ley, 1997, 4368).<sup>6</sup>

La Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión<sup>7</sup>, en su art. 65 hace referencia a la dación en

---

7, 2007, págs. 1-16. Disponible en: [http://www.cesfelipesegundo.com/revista/articulos2007b/Belinch\\_n\\_Romo\\_corregido.pdf](http://www.cesfelipesegundo.com/revista/articulos2007b/Belinch_n_Romo_corregido.pdf) (Consultado el 15 de julio de 2012); «La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago», *Revista de derecho privado*, marzo-abril, 2012, págs. 91-103; CUENA CASAS, M.: «Insolvencia de la persona física y sobrecendamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 17, 2012, págs. 97-110; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Dación en pago y reintegración concursal», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Valencia, 2011, págs. 1171-1194.

5 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos urbanos*, Valencia, 2000, págs. 47 y sigs.

6 Sigo la exposición de RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos urbanos*, cit. pág. 48.

7 BOE núm. 352, de 18 de diciembre de 1954.

pago, indicando que: «Cuando el deudor, con el consentimiento del acreedor, decidiera vender, en todo o en parte, los bienes pignoralos, tendrá el último derecho preferente para adquirirlos por dación en pago, siempre que el precio convenido para esa proyectada venta fuere inferior al total importe del crédito, y quedara subsistente por la diferencia».

## **2. LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA, LA VIVIENDA HABITUAL Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

Hechas las anteriores consideraciones sobre la dación en pago, vamos a reflejar en este punto del trabajo la relación entre la situación económica por la que se atraviesa en estos momentos, y la aplicación de la dación en pago de la vivienda habitual como medio liberatorio de la deuda hipotecaria.<sup>8</sup>

La crisis económica que azota la sociedad incide de forma evidente en el bien máspreciado por parte del consumidor: la vivienda. Más aún si se trata de la vivienda habitual que está sujeta a una hipoteca, y que dada esa situación de crisis resulta imposible el pago de las cuotas de la misma. La pérdida del trabajo conlleva que se produzca dicho impago, y, con ello, el desahucio y la falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario contraído en una época anterior, no calificamos de bonanza, pero sí de un mayor desahogo económico, que en la actualidad no existe.

Son varios los preceptos que tenemos que hacer referencia cuando hablamos de la deuda hipotecaria. El art. 105 de la Ley Hipotecaria en relación con el art. 1911 del Código civil, y el art. 140 de la primera norma mencionada (en cuanto a la limitación de responsabilidad al bien hipotecado, siendo una excepción al art. 105).<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Entre las aportaciones doctrinales más recientes, podemos indicar: ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P.: *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*, Valencia, 2012; BELINCHÓN ROMO, M<sup>a</sup>. R.: *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012.

<sup>9</sup> Como señala BORRALLO FERNÁNDEZ, C.: «El enfrentamiento entre la Ley y moralidad en las ejecuciones hipotecarias», *Legaltoday.com*, 17 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/el-enfrentamiento-entre-la-ley-y-moralidad-en-las-ejecuciones-hipotecarias> (Consultado el 29 de octubre de 2012), haciendo referencia a la STS 829/2008, el hecho de que las partes no la mencionen, no se puede considerar abuso por parte de la Entidad Bancaria.

Debemos partir de la situación que se plasmó en uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema de la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, estableciéndose esa posibilidad de dación en pago de la misma como liberación del préstamo hipotecario. Supuso la primera vez que la entrega al banco de la vivienda hipotecada cancelaba la hipoteca. El juzgador se basa en el valor y realiza una reflexión interesante sobre el sistema financiero abocado a la crisis que se está padeciendo.

Nos estamos refiriendo al Auto núm. 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra<sup>10</sup> referente al procedimiento de ejecución hipotecaria a través de subasta, y suficiencia de la tasación de la vivienda hipotecada para salvar la deuda hipotecaria. Se planteaba una demanda ejecutiva formulada por un banco frente a dos personas, ejercitando las acciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en la que el citado banco ostenta la condición de prestamista y los demandados la de prestatarios. Se había concedido un préstamo con garantía hipotecaria, que había sido posteriormente ampliado, y ante el impago de las cuotas pactadas, el banco ejecutante da por resuelto el contrato y solicita su ejecución, pidiendo se saque a subasta la finca hipotecada. Habiendo sido desierta la subasta interesó se dictara auto de adjudicación a favor del banco ejecutante, con facultad de ceder el remate a tercero, lo que finalmente manifestó no tener intención de ejercitar, por lo que la finca se le adjudica al citado banco, dictándose el correspondiente auto. Mediante el correspondiente escrito el banco ejecutante solicita la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta. Se deniega dicha petición por Auto, que es recurrido en apelación.

La parte recurrente pretende que se continúe la ejecución por la cantidad restante que se le adeuda, sobre la base de que no constituye un abuso de derecho, y que la subasta que se celebró y por la que se adjudicó la finca, no cubría la deuda reclamada.

---

<sup>10</sup> TOL 2.016.016. Véase: HERNÁNDEZ ARRANZ, M. C.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (A propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 124, 2011, págs. 247-272; JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 732, 2012, págs. 2387-2425.

La Audiencia consideró que no se estaría ante un abuso de derecho, ya que «la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que se continúe la ejecución respecto a otros bienes del ejecutado, dado que con los objeto de realización mediante la subasta no han sido suficientes para cubrir la deuda reclamada».

En cuanto a que el bien ejecutado en subasta no es suficiente para cubrir la deuda reclamada, la Audiencia manifestó que: «ahora bien la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por (o que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada (...)).

Es decir, el propio banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente la citada entidad bancaria, la valorada en una cantidad que era superior al principal del préstamo (...)).».

Por ello, el Tribunal no consideró oportuno continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada. Y, además, como señaló el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, sigue precisando la Audiencia, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas.

La argumentación de que el valor real de la finca al tiempo en que se le adjudica es inferior, vendría dado o apoyado en una eventual nueva tasación, que aportó con el escrito de recurso siendo desestimada su aportación por Auto de la Sala de fecha 6 de septiembre de 2010, al que nos remitimos y cuya razones para rechazar dicho documento damos por reproducidas. Como consecuencia de dicho Auto, que no fue recurrido y por lo tanto es firme, lo cierto es que no consta en las actuaciones otro valor de tasación de la finca, que no sea el que consta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Consecuentemente con lo anterior, la Sala consideró correctas las consideraciones que hizo la juzgadora de instancia para entender que en el caso presente, la adjudicación material de la finca al banco ejecutante, cubre más del principal reclamado, por lo que la ejecución únicamente cabrá continuar respecto de las costas y de la liquidación de intereses.

De gran interés resulta la reflexión que expresa el Auto respecto al abuso de derecho y a la actuación del banco:

« (...) si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no obstante no deja de plantear una reflexión, cuando menos moralmente intranquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al banco, hoy por hoy, tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta. Y decimos esto, porque la base de la manifestación de que la finca subastada tiene hoy por hoy un valor real inferior, se base en alegaciones como que la realidad del mercado actual ha dado lugar a que no tuviera la finca el valor que en su momento se le adjudicó como tasación, disminución importante del valor que une a la actual crisis económica, que sufre no sólo este país sino buena parte del entorno mundial con el que nos relacionamos. Y siendo esto así y en definitiva real la importantísima crisis económica, que ha llegado incluso a que la finca que en su día tasó en una determinada cantidad, hoy en día pudiera estar valorada en menos, no podemos desconocer que ello tiene también en su origen una causa precisa y que no es otra, y no lo dice esta Sala, sino que ha sido manifestado por el Presidente del Gobierno Español, por los distintos líderes políticos de este país, por expertos en economía y por líderes mundiales, empezando por el propio Presidente de Estados Unidos, que la mala gestión del sistema financiero del que resultan protagonistas las entidades bancarias, recuérdense las “hipotecas basuras” del sistema financiero norteamericano.

No queremos decir con esto que el banco (...) sea el causante de la crisis económica, pero sí no puede desconocer su condición de entidad

bancaria y por lo tanto integrante del sistema financiero, que en su conjunto y por la mala gestión de las entidades financieras que sean, en definitiva bancos y otras entidades crediticias y de naturaleza financiera, han desembocado en una crisis económica sin precedentes desde la gran depresión de 1929.

El artículo 3 del Código Civil, en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero, que repetimos, aun cuando no quepa atribuirle directa y especialmente a la realidad que forma parte de los protagonistas de dicho sistema financiero, y de ahí que resulte especialmente doloroso, que la alegación que justifica su pretensión, esté basada en unas circunstancias que esencialmente y como vulgarmente se dice, ha suscitado una gran sensibilidad y levantado “ampollas” .

A la razón expuesta de la falta de acreditación del valor real de la finca, en cuanto a que sea inferior a la que fue fijada en su momento, cabe añadir que la adjudicación de la finca materialmente al banco, habida cuenta la tasación que en su día se aceptó por el banco ejecutante, determina que consideremos ajustada a derecho la resolución de la Magistrada-Jueza de Primera Instancia y ello a los efectos de entender que con su adjudicación el principal y algo más ha sido cubierto con dicho bien, de manera que tan sólo con respecto a las costas y liquidación de intereses restantes deberá continuar la ejecución, en cuanto que es lo que establece el Auto recurrido que no ha sido objeto de impugnación.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación formulado y confirmar el Auto recurrido».

No podemos obviar la legislación en materia de consumidores y usuarios, ya que, como veremos en el Auto de la Audiencia de Gerona de 2011, se apela a las cláusulas abusivas. En el ámbito comunitario interesa destacar la siguiente normativa: Directiva del Consejo 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre eliminación de las cláusulas abusivas que causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor<sup>11</sup>; Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre 2011 sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>12</sup>; Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>13</sup>, y Directiva 2008/48/CEE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de créditos al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/202/CEE<sup>14</sup>. En el ámbito nacional, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.<sup>15</sup> También es interesante mencionar la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid<sup>16</sup>.

Y en otro orden, la Propuesta de Reglamento UE relativo a una normativa común de compraventa europea<sup>17</sup> y de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.<sup>18</sup>

---

11 DOUE L 95/29, de 21 de abril de 1993. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1993:095:0029:0034:ES:PDF> (Consultado el 21 de julio de 2012).

12 DOUE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:ES:PDF> (Consultado el 21 de julio de 2012).

13 DOUE L 171, de 07 de julio de 1999. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0044:ES:HTML> (Consultado el 21 de julio de 2012).

14 DOUE L 133/66, de 22 de mayo de 2008. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:ES:PDF> (Consultado el 21 de julio de 2012).

15 BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

16 BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012.

17 Comisión Europea, Bruselas, 11 de octubre de 2011. COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:ES:PDF> (Consultado el 21 de julio de 2012).

18 Comisión Europea, Bruselas, 31 de marzo de 2011. COM (2011) 142 final. 2011/0062 (COD). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0142:FIN:ES:PDF> (Con-

Siguiendo la doctrina del Auto de Navarra, se han unido otros como el Auto núm. 119/2011, de 16 de septiembre de la Audiencia de Gerona<sup>19</sup>, al que hemos hecho referencia anteriormente, y el Auto de 10 de enero de 2012, del Juzgado de Instrucción núm. 3, de Torrejón de Ardoz, admitiendo la dación en pago para el saldo en su totalidad de la deuda hipotecaria. En este Auto se hace referencia, también, a la situación actual de crisis económica, y que por dicha razón la aplicación de la regulación de la ejecución hipotecaria, además de permitir a las entidades financieras llevar a cabo prácticas abusivas, puede dar lugar a enriquecimiento injusto. Además, incide en que ello conllevaría dejar a las entidades exentas de responsabilidad, cuando ellas son partícipes de la situación económica en la que nos encontramos.

Se hace mención en el Auto de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, contra la Usura, indicando que en la situación de crisis financiera, provocada por los excesos de las entidades financieras, y con un sistema capitalista desbordado, es preciso realizar una reforma urgente de la Ley para permitir que una deuda hipotecaria quede totalmente saldada con la entrega de la vivienda, es decir, la dación en pago.

### **3. LA DACIÓN EN PAGO DE LA VIVIENDA HABITUAL: EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS**

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos<sup>20</sup> se elabora por parte del

---

sultado el 21 de julio de 2012).

19 Roj: AAP GI 671/2011. Véase: BELINCHÓN ROMO, M<sup>a</sup>. R.: «La dación en pago con eficacia pro soluto y el derecho real de hipoteca. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011», *Enlaces: revista del CES Felipe II*, núm. 14, 2012, págs. 1-9. Disponible en: <http://www.cesfelipesecondo.com/revista/Articulos2012/RaquelBelinchón2.pdf> (Consultado el 28 de julio de 2012), y «Extinción de la deuda garantizada con hipoteca y la dación en pago: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012, págs. 77-87.

20 BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012. Por Resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del mismo (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2012).

También mencionar, aunque no podemos entrar en su estudio por razones de extensión, la Ley Foral 8/2012, de 4 de mayo, de medidas tributarias relativas a la protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2012). Más ampliamente, véase: BELINCHÓN ROMO, M<sup>a</sup>. R.: «La protección del deudor hipotecario: El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012, sobre medidas urgen-



Gobierno a través de la vía de urgencia, con la finalidad de hacer frente a un problema derivado de la situación económica.<sup>21</sup>

La sensibilidad social que se ha producido con la ejecución hipotecaria y la postura de los consumidores para evitar la misma en las familias con pocos recursos económicos para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo, ha sido el detonante de una serie de medidas que se han cristalizado en la norma que estamos refiriéndonos. Hay que tener en cuenta que estamos ante un bien preciado como es la vivienda, y que la ejecución hipotecaria ha supuesto para muchas familias la privación de la misma. Sin olvidar el mandato constitucional que preceptúa el art. 47 de la Carta Magna al establecer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Tiene como objeto el establecimiento de una serie de medidas orientadas a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender al pago de la misma, así como una serie de mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Su ámbito de aplicación es a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor (entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que fue el 10 de marzo de 2012, según la disposición final cuarta), con excepción de las contenidas en los arts. 12 y 13, que serán de aplicación general.

---

tes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos», *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, coord. por Antonio Salas Carceller, Cizur Menor, 2012, págs. 155-168; GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 840, 2012, pág. 6; «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, coord. por Antonio Salas Carceller, Cizur Menor, 2012, págs. 151-154; RALUCA STROIE, I. y FERNÁNDEZ BENAVIDES, M.: «Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo por el que se aprueban medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2, 2012, págs. 1-5. Disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/39/67> (Consulta el 30 de julio de 2012).

21 Como indica BELINCHÓN ROMO, M<sup>a</sup>. R.: «Breve análisis del Real Decreto-Ley 6/2012 del 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Enlaces: revista del CES Felipe II*, núm. 14, 2012, págs. 1-11. Disponible en: <http://www.cesfelipesecondo.com/revista/Articulos2012/RaquelBelinch%C3%B3n1.pdf> (Consultado el 28 de julio de 2012), el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, contempló una serie de medidas tendentes a la protección del deudor hipotecario aunque no se atrevió a regular la dación en pago de la vivienda habitual.

Las medidas se encaminan a la protección del deudor hipotecario, teniendo en cuenta que son muchas las familias que a causa de la pérdida del empleo o por ausencia de actividad económica que se ha prolongado temporalmente, no han podido seguir cumplimiento las obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda. Se establece una carencia en la amortización del capital y una reducción del tipo de interés durante un periodo de tiempo de cuatro años y la ampliación del plazo de amortización, e incluso, en el caso de que no fuera suficiente, una dación en pago de la deuda con la vivienda, permitiéndose la permanencia en la misma durante un periodo de dos años mediante el pago de una renta, pero sin la pérdida del inmueble, con lo que se le concede una espera hasta que puedan retornar al mercado laboral. Se establece un umbral de exclusión, con lo que la norma no es de aplicación generalizada, sino a quienes cumplen una serie de requisitos, siendo la dación en pago de la vivienda una “solución” potestativa por parte de las entidades de créditos, y en ningún caso una opción directa por parte de las mismas. La necesidad de fijar de forma clara y contundente quiénes pueden acogerse a estas medidas urgentes, ha hecho también que la norma adopte una serie de cautelas para evitar que se produzca un acogimiento fraudulento u abusivo a estas medidas por parte de deudores hipotecarios que no se encuentren en la situación de falta de recursos económicos.

El modelo de protección se establece alrededor de un Código de Buenas Prácticas al que se pueden adherir voluntariamente y no obligatoriamente las entidades crediticias y las que se dedican a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Se establece un control y seguimiento por parte de una comisión integrada por representantes de distintas entidades.

Se estructura en varios aspectos que nos interesa tratar:

1. El señalamiento de lo que se considera el umbral de exclusión. El art. 3 establece la definición del mismo, dentro del Capítulo II, referente a las “Medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria”.

Se considerarán en dicho umbral de exclusión los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores».

Se establece que deben concurrir todas y no algunas de ellas. Dichas circunstancias deben ser acreditadas por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los documentos que establece el Real Decreto-ley.

2. La fijación del Código de Buenas Prácticas que se pueden adherir de forma voluntaria las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, tal y como preceptúa el art. 5 del Real Decreto-ley.

La aplicación del Código se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de

viviendas cuyo precio de adquisición no sobrepase los siguientes valores, que van en función de las cifras de población que establece la norma, atendiendo la revisión del Padrón Municipal.

Las entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En cumplimiento de lo establecido en el art. 5 del Real Decreto-ley, la Resolución de 10 de abril de 2012, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, publicó las entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.<sup>22</sup>

Las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el art. 3, es decir, situados fuera del umbral de exclusión, y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

Dicho Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual contemplado en el Anexo, tiene tres fases, la última de ellas es el recurso a la dación en pago de la vivienda:

a) la primera fase –reestructuración- está dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. Son las denominadas medidas previas a la ejecución hipotecaria. Se establecen algunas limitaciones, como es el caso de deudores que se encuentren en procedimiento de ejecución, producido el anuncio de la subasta, que no podrán solicitarla.

b) la segunda fase –quita- si no resulta suficiente la primera, las entidades podrán, potestativamente, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda, y que podrá aceptar o rechazar la entidad. A esta medi-

---

22 BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012.

da sí que se podrán acoger los deudores que estaban limitados en la primera fase, así como los incluidos en el umbral de exclusión, pero que no podían optar a la dación por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

c) la tercera fase –la dación en pago- consiste en que si las dos anteriores medidas no logran reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites que sean asumibles por los mismos, estos podrán solicitar, y las entidades aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este caso, además, se permite que las familias puedan continuar en la vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Según el Código de Buenas Prácticas, los deudores que se encuentren en esa tercera fase, tendrán un año para solicitar la dación en pago de su vivienda habitual. La entidad tendrá obligación de aceptar la entrega del bien hipotecado y se cancelará la deuda de forma definitiva. Se produce un efecto extintivo de la obligación, siendo la dación *pro soluto*, solutoria, y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

Se concede al deudor, si éste lo solicita en el momento de pedir la dación, poder permanecer en concepto de alquiler en la vivienda, como arrendatario, durante un plazo de dos años, pagando una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación. No será aplicable en los casos en que se encuentre en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Estos contratos de arrendamiento suscritos por aplicación del Código de Buenas Prácticas, como indica la Disposición adicional única del Real Decreto-ley, se sujetarán a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>23</sup>, con determinadas especialidades.

El cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por parte de las entidades adheridas será supervisado, tal y como indica el art. 6, por una comisión de control creada al efecto, regulándose su composición y el funcionamiento de la misma.

---

23 BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

3. Las medidas fiscales adoptadas y a las que se pueden acoger las personas que se encuentren dentro del umbral en relación con la dación en pago de la vivienda.

Se recogen una serie de medidas de carácter fiscal que afectan al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; a la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio.

4. Las medidas de carácter procesal referentes al procedimiento de ejecución extrajudicial, en el que se contempla una subasta única y un importe mínimo de adjudicación, pendiente de un desarrollo reglamentario que en estos momentos no se ha producido, principalmente para la regulación de la subasta on line.<sup>24</sup>

La ejecución extrajudicial de bienes hipotecados se regula en el art. 129 de la Ley Hipotecaria y el procedimiento indicado en los arts. 234 a 236 del Reglamento Hipotecario.

En el caso de que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor, el art. 12 del Real Decreto-ley establece que se someterá a lo previsto a continuación:

<<1. La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un

---

24 Puede verse una crítica sobre este procedimiento en: GOMÁ LANZÓN, F.: «Apuntes sobre la venta extrajudicial de bien hipotecado regulada en el RDL 6/2012», marzo 2012. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012); LÓPEZ CANO, J.: «Notas de urgencia sobre el RD Ley 6/2012, de 9 de marzo, en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas», marzo 2012. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012); LÓPEZ NAVARRO, J.: «Notas sobre la reforma del procedimiento extrajudicial», Alicante 11 marzo 2012. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012); MONTERO-RÍOS GIL, J.: «Modificaciones del procedimiento extrajudicial», Torrent, a veinticuatro de mayo de 2012 [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012); ROJAS MARTÍNEZ DE MARMOL, E.: «La venta extrajudicial: la tercera subasta», marzo 2012. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012); ZEJALBO MARTÍN, J.: «Aplicación inmediata del artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012», Lucena, veintisiete de marzo de dos mil doce. [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (Consultado el 24 de julio de 2012).

importe igual o superior al 70 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

2. Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por cien del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por cien del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

3. Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación.

4. Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por cien del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.

5. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación.

6. Si el acreedor no hiciere uso de la facultad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo previsto en el artículo 236 n. del Reglamento Hipotecario».

Como preceptúa la Disposición final tercera del Real Decreto-ley, se realizará un desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial. Por lo que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor, aprobará las normas reglamentarias precisas con el fin de simplificar el procedimiento de venta extrajudicial, las cuales incorporarán, entre otras medidas, la posibilidad de subasta electrónica.

5. El acceso al alquiler de las personas desahuciadas y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias. En este caso,

como indica el Real Decreto-ley se incorporan al colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos prevista en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012<sup>25</sup>, las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento como consecuencia de procesos de ejecución hipotecaria, así como las que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en el indicado Código de Buenas Prácticas.

El art. 13 indica que: «las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012, podrán ser beneficiarias de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012. A estos efectos, la solicitud de la ayuda deberá presentarse en un plazo no superior a seis meses desde que se produzco el lanzamiento.

Asimismo, las personas mencionadas en el párrafo anterior tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 1 del citado real decreto».

En cuanto a las personas sujetas a medidas de flexibilización hipotecaria, el art. 14 establece que podrán obtener también las ayudas a los inquilinos que regula el art. 13, los solicitantes que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre.<sup>26</sup>

---

25 BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008.

26 Posteriormente fue modificado por Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre (BOE núm. 307, de 18 de diciembre de 2010).



## CONCLUSIONES

En los tiempos de crisis económica tan agudizada como los que estamos viviendo, se alzan las voces por una suavización de la aplicación de las normas<sup>27</sup>. En este sentido interesa destacar la postura adoptada por el Consejo General del Poder Judicial que ha redactado unas *Propuestas para la reforma y agilización de los procesos civiles*<sup>28</sup>, con un anexo referente a las *Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)*<sup>29</sup>

El Real Decreto-ley no ha sido suficiente en cuanto a ser considerado como paliativo. La dación en pago de la vivienda habitual es una solución, pero hay que tener en cuenta que han sido pocas las entidades que se han acogido al Código de Buenas Prácticas, a ser de carácter voluntario. También sería deseable que se incrementara el tanto por ciento en la adjudicación al banco de las viviendas que salen a subasta.

A modo de reflexión nos planteamos si esta regulación ha sido correcta, y tenemos serias dudas al respecto, ya que los requisitos son bastante rígidos, y no hay una regulación imperativa, tal y como ha marcado el anexo indicado. No obstante, la congruencia entre dación en pago y condiciones de otorgamiento de los créditos en situaciones ventajosas, está lejos de ser una realidad, y más en la situación económica actual.

---

27 Señalar también el Informe Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo. Se puede acceder en: [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido\\_1327485609380.html](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1327485609380.html) (Consultado el 29 de octubre de 2012).

28 Redactado por Pedro Luis Viquer, Juez Decano de los Juzgados de Valencia. Puede verse la noticia en: [http://politica.clpais.com/politica/2012/10/27/actualidad/1351367845\\_758072.html](http://politica.clpais.com/politica/2012/10/27/actualidad/1351367845_758072.html) (Consultado el 29 de octubre de 2012).

29 Las propuestas se puede acceder a ellas en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2012/10/27/bf5a8c9c781fa7dfca6c600e8c3a86be.pdf> (Consultado el 29 de octubre de 2012).

# APDC

Asociación de Profesores de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



ISBN 978-84-15463-74-0



9 788415 463740