

El derecho de regreso del fiador *solvens*: régimen sustantivo y clasificación concursal*

GORKA GALICIA AIZPURUA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar los remedios que, frente al deudor, tiene el fiador que haya pagado en su lugar la deuda asegurada, los cuales vienen contemplados, principalmente, en los artículos 1838 y 1839 CC. A este respecto, el estudio persigue demostrar que, frente a lo que constituye communis opinio, las normas contenidas en dichos preceptos no son aplicables a todo garante personal, sino solo a aquel cuya intercesión reúna determinadas condiciones y características. El análisis y exposición del régimen sustantivo del derecho de regreso del fiador solvens, comprensivo de la naturaleza y modo de coordinación de las acciones de repetición, reembolso y subrogación, se completa con el de su tratamiento en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE

Fianza. Regreso del fiador. Subrogación. Concurso.

Right of compensation to the guarantor *solvens*: substantive regime and insolvency ranking

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the remedies that the guarantor who has paid the guaranteed debt has against the debtor, which are mainly provided for in Articles 1838 and 1839 CC. In this respect, the study seeks to demonstrate that, contrary to communis opinio, the rules contained in these provisions are not applicable to all personal guarantors, but only to those whose intervention meets certain conditions and characteristics. The analysis and exposition of the substantive regime of the right of compensation to the solvens, covering the nature and mode of coordination of the actions

* Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 *Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales* financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) *Persona, familia y patrimonio*, de los que es IP el autor.

for reimbursement and subrogation, is completed with its treatment in the Consolidated Text of the Insolvency Act.

KEY WORDS

Guaranty. Compensation to the guarantor. Subrogation. Insolvency proceeding.

SUMARIO: I. El problema: las oscuridades del régimen sustantivo y concursal del derecho de regreso del fiador *solvens*.- II. Régimen del regreso del fiador en el Código civil- 1. Precisiones terminológicas y metodológicas.- 2. Alcance del regreso del fiador *solvens* que sea gestor del negocio del deudor: el derecho de reembolso del artículo 1838 CC.- 3. Alcance del regreso del fiador *solvens* que no sea gestor del negocio del deudor: el derecho de repetición del artículo 1158.III CC.- 3.1. Contenido y alcance.- 3.2. Supuestos en que procede: fiador *prohibente debitore* y fiador *in rem suam*.- 4. La subrogación en favor del fiador *solvens*.- 4.1. Las incógnitas que rodean a la figura.- 4.2. La subrogación corresponde únicamente al fiador que sea gestor del negocio del deudor.- 4.3. ¿Unidad o duplicidad de vías? Naturaleza de la subrogación.- 4.4. Extensión de la subrogación.- 5. Conclusiones.- III. Clasificación concursal del crédito de regreso del fiador *solvens*.- 1. El artículo 263.2 TRLC y la naturaleza de la subrogación.- 2. La clasificación concursal del crédito de regreso del fiador *solvens*.- 3. El derecho de regreso del fiador en caso de pago parcial.- 4. Conclusiones.- Bibliografía.- Jurisprudencia.-

I. EL PROBLEMA: LAS OSCURIDADES DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO Y CONCURSAL DEL DERECHO DE REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS*

Existe dentro del régimen del Código Civil en materia de fianza una cuestión que, a pesar de su carácter crucial, resulta notablemente oscura, a saber, cuál sea la disciplina aplicable al derecho que asiste al garante frente al deudor a fin de que le repare el sacrificio patrimonial sufrido en caso de que cumpla la obligación asegurada en lugar de este último. Este “ajuste de cuentas” entre ambos sujetos se regula en los artículos 1838 y 1839 CC, preceptos que, no obstante perseguir un mismo fin (el de resarcir al fiador), acogen sin embargo sendos específicos (y aparentemente disímiles) cauces de regreso: mientras el primero regula el alcance del *derecho de reembolso*, el segundo establece la *subrogación en los derechos del acreedor*.

En virtud del derecho contemplado en el artículo 1838, el fiador puede reclamar al deudor no solo el importe efectivamente pagado al acreedor, sino además una serie de partidas que tienen por objeto dejarle completamente ileso de su intercesión por el obligado, de modo que la indemnización a que se refiere en su primer párrafo comprende ambos aspectos: deuda, por un lado, y resarcimiento, por otro. Se trata, además, de un derecho ejercitable “*aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*”, locución que suscita la duda sobre si es o no procedente cuando la garantía se haya prestado contra su expresa voluntad y aun, caso de que se responda negativamente, la de qué es lo que podría repetir el fiador en tales hipótesis (si es que puede repetir algo).

Por su parte, y como si iniciara el tratamiento de las consecuencias del pago realizado por el garante, el artículo 1839.I CC encumbra al fiador *solvens* a la posición jurídica que el acreedor ocupaba dentro de la obligación afianzada: “*el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*”. Ahora, así como el artículo 1838 CC podría acaso, a tenor de su letra, buscar la marginación de la fianza prestada *invito debitore*, el artículo 1839.I, en apariencia, subroga en los derechos del acreedor *a cualquier fiador que pague* sean cuales sean las circunstancias que hayan rodeado a su intercesión. Esta imposibilidad de graduar la subrogación por referencia a la actitud del principal obligado, a diferencia de lo que sucede con el derecho de reembolso, ¿tiene sentido? Parte de la doctrina ha sostenido la afirmativa con base en distintos argumentos¹: primero, que el artículo 1839 CC se refiere, sin más, al fiador que paga; segundo, que la actitud del deudor respecto de la obligación fideiusoria no puede eliminar el interés que, en el cumplimiento, tiene el garante (art. 1210.3º CC); y, tercero, que la subrogación a favor de este no empeora la situación del deudor, quien, tras el cambio de acreedor, seguirá obligado a lo mismo. Pero, entonces, ¿cómo se explica la diferencia de régimen que de esta guisa mediaría con respecto a la acción de reembolso? O dicho de otro modo: si ambos remedios responden a la misma finalidad², ¿no deberían estar sujetos a similares presupuestos?

Pero las dudas no se circunscriben solo a los importantísimos aspectos reseñados, sino que van más allá. En efecto, los artículos 1838 y 1839 CC, pese a su contigüidad, no dan

¹ MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 416 a 420; GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218; DIEZ-PICAZO, 2008, p. 510; GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 332.

² Como explícitamente reconocen las SSTs 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437), 16 enero 2020 (RJ 2020/814) y 3 febrero 2020 (RJ 2020/125).

ninguna pista acerca de cómo deben ser conjugados. Así, procede dilucidar si, tras el pago del fiador, la ley pone a su disposición uno o dos cauces para dirigirse contra el deudor y, supuesta la existencia de una duplicidad de vías, cuándo cabe utilizar cada una de ellas, teniendo en cuenta que presentan para el fiador ventajas e inconvenientes diversos³. En este sentido, la acción del artículo 1838 CC presupone la extinción del crédito pagado y el nacimiento de un derecho nuevo. Por tanto, el fiador pierde la antigüedad de aquel (caso de que sirviera de algo frente a otros acreedores del deudor: art. 1924.II CC) y los privilegios que lo rodeen, así como cualesquiera otras garantías de que pudiera venir revestido. En el lado positivo el fiador encontrará, sin embargo, la irrelevancia del plazo de prescripción de la deuda pagada y, muy singularmente, la posibilidad de reclamar todos los conceptos enumerados en el artículo 1838.II CC. Por su parte, la subrogación del artículo 1839 CC, *siempre que se lea en combinación con la letra del 1212⁴*, presenta la virtud de transferir al fiador el crédito originario y los derechos a él anexos, es decir, el principal, aunque con el límite de lo efectivamente pagado, y, además, los privilegios y las garantías prestadas por otros terceros. En cambio, por este camino no podría lograr la plena indemnidad a su intercesión, pues es claro que al menos las partidas previstas en los números 3º y 4º del artículo 1838 quedarían fuera de su ámbito, ya que jamás fueron debidas al acreedor y sí solo al garante *iure proprio*.

No obstante el contraste de ventajas e inconvenientes apreciables entre una y otra vía, la jurisprudencia y parte de la opinión científica fuerzan al fiador a escoger alguna de ambas, al estimar que se trata de acciones distintas. Evidentemente, se reconoce que corresponde al fiador la opción de preferir una u otra, pero siempre de forma autónoma, que no simultánea o cumulativa⁵. Es decir, se rechaza cualquier planteamiento conjunto, aunque, agotado el ejercicio de la elegida (subrogación), cabe acudir a la otra (se dice) a fin de obtener el resarcimiento de todos los perjuicios originados al fiador⁶. Sin embargo, de este modo se coloca al garante en una delicada tesitura, ya que se le obliga a optar, bien por la vía del reembolso, pero sin garantías de ningún tipo -a no ser que las haya obtenido del deudor con antelación a fin de asegurarse el cobro de este nuevo derecho de crédito-, bien por la subrogación, en cuyo caso disfrutará de estas, pero a cambio de renunciar al total de partidas enumeradas en el 1838 CC y, por tanto, a la completa indemnidad a la que en principio tendría derecho. Todo ello abstracción hecha, por otra parte, de los obstáculos de índole procesal con los que el fiador podría toparse caso de que no hubiese

³ Sintetizados con precisión por GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 333.

⁴ STS 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985).

⁵ Aunque sus pronunciamientos no sean todo lo nítidos que cabría desear, *vid.*, sobre la duplicidad de vías en la jurisprudencia, SSTS 11 junio 1984 (RJ 1984/3227), 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985), 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8817), 3 julio 1998 (RJ 1998/5213); 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437; si bien esta resolución se ocupa, realmente, de la aplicabilidad o no de ambos preceptos a un hipotecante por deuda ajena); 3 febrero 2020 (RJ 2020/125). Sostiene también esta solución en relación a un supuesto de pago por tercero (que no era fiador) la STS 29 mayo 1984 (RJ 1984/2804).

Entre la doctrina que analiza la relación existente entre los derechos regulados en los artículos 1158 y 1210 y concordantes CC, defiende la idea de la duplicidad HERNÁNDEZ GIL, 1983, p. 292, cuya postura, a decir de DEL OLMO GARCÍA, 1998, p. 234, nota 144, es seguida por un buen número de autores. A la nómina que allí se relaciona cabe añadir el nombre de RUBIO GARRIDO, 1997, pp. 142 y ss.

⁶ GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 207; ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 882. Refleja fielmente esta tesis el AAP Bizkaia 20 septiembre 2000 (JUR\2000\304353) cuando, al respecto de los derechos de reembolso y subrogación, asevera que “una vez efectuado el pago por el fiador nacen a su favor dos acciones distintas, de naturaleza análoga, pero de contenido diverso y la opción de usar cualquiera de ellas, sin que se admita su ejercicio cumulativo, o sea no se puede ejercitar al mismo tiempo la acción de reembolso y la subrogatoria, sin perjuicio de que si el fiador opta por una y no obtiene el resarcimiento de todos los perjuicios originados por el pago pueda ejercitar la otra”.

esgrimido, al menos en forma subsidiaria, ambas acciones en la misma demanda, puesto que el ejercicio de una acción tras la consumación de la otra podría darse de bruces con los principios de preclusión y de cosa juzgada (salvo que, a tenor de las circunstancias del supuesto, cupiese considerar que lo introducido en la demanda ulterior es, en realidad, una pretensión materialmente distinta)⁷.

Esta forma, más o menos extendida, de entender la relación entre subrogación y derecho de reembolso del fiador habría alcanzado, según parte de la doctrina, a la normativa concursal, la cual, en lo que se refiere a la comunicación de créditos afianzados, contempla únicamente la del asegurado junto a la posibilidad de “subrogación” del fiador en la posición jurídica del acreedor insinuante una vez el primero le haya pagado.

A este respecto, el artículo 263.2 TRLC establece que “[l]os créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna, sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador”. A continuación, el precepto sienta una regla sobre clasificación, según la cual, una vez realizado el pago por el fiador, “con subrogación en la posición jurídica del acreedor afianzado”, la administración concursal deberá “reclasificar el crédito”, a cuyo fin tendrá que optar por aquella que sea de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador. Esto es, caso de que la clasificación adjudicable al crédito del garante personal -una vez haya hecho frente a su obligación fideusoria- sea diferente a la del acreedor asegurado, la administración deberá optar, tras la *solutio* del fiador, por aquella que, de entre ambas, revista un menor grado dentro de la escala prevista para los créditos concursales, que, como es conocido, se halla fragmentada entre créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados (art. 269 TRLC).

Precisamente, el objetivo primordial de la regla (contenida anteriormente en el art. 87.6 LC 2003) se cifraría ante todo, según resalta la citada doctrina, en asegurar la eficacia de las normas de subordinación de créditos que el legislador introdujo por vez primera en el ordenamiento concursal en el año 2003 y, más concretamente, en lo relativo a *las causas subjetivas de subordinación* (arts. 282 y 293 TRLC)⁸. En efecto, en la práctica es muy frecuente que las garantías personales sean prestadas por personas especialmente relacionadas con el deudor y así, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles, no es raro que algunos de los préstamos que les son concedidos vengan avalados por socios que ostentan participaciones significativas o que, tratándose de sociedades pertenecientes a un grupo, resulten garantizados por la sociedad matriz o por otras que formen parte de él. Pues bien, precisamente porque estas garantías son prestadas *en interés propio* por estos *insiders*, que controlan o participan fácticamente en la actividad comercial y contractual del deudor, el legislador concursal las contempla con disfavor, de modo que procura taponar cualquier vía que pudiera utilizarse a fin de eludir la susodicha subordinación, como podría serlo, al parecer, la subrogación en el crédito ordinario o privilegiado del acreedor principal con base en el artículo 1839 CC⁹.

Que esta sea el principal propósito perseguido con tal solución es cosa que confirmaría la lectura del artículo 310 TRLC, en el que se prescribe que, una vez que la lista de

⁷ Advierten de estos problemas procesales CARRASCO PERERA, 2022, pp. 348 a 350, y CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12612 y 12613.

⁸ PERDICES HUETOS, 2005, p. 80; ROJO, *ADCo.*, 2006, p. 528.

⁹ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 80, 84, 85, 89 y 90; MARTÍN ARESTI, 2012, pp. 1613 y 1614; ARIAS VARONA, 2020, p. 1490.

acreedores que integran la masa pasiva devenga definitiva, la clasificación del crédito correspondiente al acreedor inicial se mantendrá aunque sea posteriormente sustituido por otro sujeto mediante cesión o subrogación, *con excepción*, en lo que aquí interesa, de las dos siguientes hipótesis: la prevista en el artículo 263.2, por un lado, y cualquier otra *en que el acreedor posterior fuera una persona especialmente relacionada con el concursado*, por otro. Pues en este último caso se aplica idéntica solución a la del primero, es decir, *“la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o a dicha persona especialmente relacionada con el concursado”*.

Como bien puede observarse, de ser correcta la interpretación anterior, el legislador concursal estaría partiendo de dos específicas premisas: primero, que la subrogación *“en todos los derechos que el acreedor tenía frente al deudor”* prevista por el artículo 1839 *se da siempre y en todo caso* en favor del fiador *solvens*, esto es, con independencia de las razones, forma y circunstancias en que este hubiese salido como garante personal del principal obligado; y segundo, que tal subrogación comporta indudablemente, conforme a la letra del artículo 1212 CC, la adquisición de la titularidad del derecho de crédito satisfecho. Sin embargo, de ser así el TRLC estaría omitiendo en los preceptos recién citados toda referencia a la “otra” vía establecida por la normativa sustantiva para procurar la indemnidad del fiador que pagó en lugar del deudor, o sea, el derecho de reembolso previsto en el artículo 1838 CC¹⁰. Este solo aparecería mencionado expresamente en el artículo 264 TRLC, cuando, a colación del tratamiento dispensable a los pagos parciales del crédito asegurado hechos por el garante personal antes de la declaración de concurso, dispone lo siguiente: que en la lista de acreedores se incluirá, en favor del acreedor asegurado parcialmente satisfecho, tanto el resto del crédito pendiente de pago como la totalidad del que, *por reembolso*, corresponda al garante *solvens*, y ello, *“aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda”*¹¹.

En las líneas que siguen se abordarán las “oscuridades” hasta aquí resaltadas, empezando por las que atañen a los artículos 1838 y 1839 CC.

II. RÉGIMEN DEL REGRESO DEL FIADOR EN EL CÓDIGO CIVIL

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y METODOLÓGICAS

Sea cual sea la tesis que se mantenga acerca de cuál haya de ser la relación existente entre los artículos 1838 y 1839 CC, ha de convenirse, como se acaba de indicar, que las dos acciones en ellos contempladas conforman conjuntamente la vía del regreso del fiador *solvens*. Pero conviene precisar¹² que, cuando usemos esta expresión o la equivalente “derecho de regreso”, a lo que estaremos haciendo alusión es a esa posibilidad genérica que tiene el garante de dirigirse contra el deudor a fin de que le repare el perjuicio

¹⁰ En este sentido, se ha afirmado -aunque en relación a la versión original de la regla (art. 87.6 LC 2003)-, que “parece posible sostener que en la *mens legislatoris* era sólo la vía subrogatoria la concebida como forma de regreso, no la vía de reembolso” (PERDICES HUETOS, 2005, p. 94).

¹¹ La reciente reforma del TRLC mediante Ley 16/2022, de 5 de septiembre [para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas] ha incluido no obstante una alusión específica a los “*derechos de repetición, regreso y subrogación*” también en sede de exoneración de deudas (arts. 492 y 494).

¹² Así lo hace también CASTILLA BAREA, 2013, p. 12610.

patrimonial que le ha ocasionado el cumplimiento de la obligación asegurada, y ello con independencia de si procede o no la subrogación en los derechos del acreedor y de qué es lo que deba entenderse por tal fenómeno subrogatorio. Por el contrario, la locución “derecho de reembolso” se reservará, exclusivamente, para hacer referencia a aquel que viene regulado en el artículo 1838, que, recuérdese, es pertinente aun cuando la fianza se haya celebrado en la ignorancia del principal obligado, pero no, a lo que parece, cuando medie su oposición: de ahí que, para diferenciar esta última hipótesis, se emplee con relación a ella el término “derecho de repetición”, aunque, antes de nada, habrá que determinar si efectivamente el fiador *prohibente debitore* dispone o no de algún recurso frente a él. En fin, con la palabra “subrogación” estaremos apuntando, obviamente, al recurso dispuesto por el legislador en favor del garante *solvens* en el artículo 1839.

Por otra parte, procede subrayar que, a nuestro juicio, un certero análisis de tales preceptos exige adoptar, ineludiblemente, una premisa metodológica sin la cual resulta de todo punto imposible la adecuada comprensión de su alcance y significado, y que es la siguiente: comoquiera que la fianza supone, institucional y ontológicamente, el aseguramiento por el fiador de una deuda *ajena*, ha de tenerse bien presente que ella conlleva, en principio (y en la *mens legislatoris*), una injerencia en la esfera jurídica de otro sujeto o, lo que es igual, una intromisión directa en el círculo de intereses del obligado principalmente¹³. Es por eso que el Código civil no se ciñe a regular exclusivamente el contrato de fianza *en sentido estricto*, es decir, la relación contractual o fideusoria que media entre acreedor asegurado y fiador y que se constituye a raíz del convenio alcanzado entre ellos (arts. 1830 a 1837), sino que comprende, asimismo, los *efectos reflejos* que de ella derivan para el deudor (arts. 1838 a 1843): entre estos, por supuesto, los generados por el eventual cumplimiento del garante y que son los que ahora nos ocupan, pero también otros que pueden tener lugar incluso antes de ese instante, como es el caso de las acciones de relevación y cobertura contempladas en el artículo 1843¹⁴.

En realidad, esto mismo es lo que ocurre cuando alguien, sin asegurarla, paga voluntariamente una deuda ajena, pues no cabe duda de que el tercero *solvens* que cumple en lugar del deudor interfiere en una relación jurídica que rigurosamente le es extraña¹⁵. Y es por ello, a su vez, que cabe apreciar una gran proximidad en el tenor literal de los artículos 1158 y 1823.II CC en cuanto a las circunstancias en que puede acaecer la intromisión del tercero: mientras el primero faculta para hacer el pago de la obligación a cualquiera persona “*ya lo conozca y apruebe, o ya lo ignore el deudor*”, o ya lo haga,

¹³ CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 115 y 120. En palabras de esta autora, “la intervención del fiador, por definición, viene siempre referida a un negocio ajeno, es decir, a un interés cuya titularidad ostenta un tercero (art. 1822.1.º): la obligación del deudor afianzado, a la que se remite el fiador al asumir su propia obligación (arts. 1827.2.º y 1826). La injerencia del fiador en la esfera jurídica ajena, dirigida tendencialmente a la promoción de la misma (*a favor de*, art. 1823.2.º), resulta, por tanto, inherente a la obligación fideusoria”.

¹⁴ Desde un punto de vista sistemático resulta extraño que el Código regule en primer lugar la vía de regreso y solo después las acciones arriba citadas, ya que estas confieren al garante, precisamente, una protección que puede invocar antes de ese momento. “Con todo, tal vez esta decisión del legislador encuentre justificación en el hecho de que, frente a la generalidad del derecho de regreso, la tutela del fiador *ex art.* 1843 CC resultará de aplicación en muchos menos casos, dada la necesidad de que concurren las situaciones específicas que la norma contempla y que restringen sensiblemente las posibilidades de hacer uso del precepto, situaciones que, según la doctrina, suponen un peligro real, y no meramente probable, para el fiador” (CASTILLA BAREA, 2013, p. 12647).

¹⁵ DíEZ-PICAZO, 2008, p. 552.

incluso, “*contra su expresa voluntad*”, el segundo acepta la constitución de la fianza en favor del obligado principal “*consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”¹⁶.

Cuando la injerencia del tercero en la esfera jurídica ajena -sea que la misma consista en el pago de una deuda ya existente, sea que se cifre en su aseguramiento para el caso de incumplimiento, sea que tenga cualquier otra naturaleza-, se produce con la aprobación del obligado, ningún reparo cabe oponerle, puesto que, al venir autorizada por el *dominus negotii*, el tercero está actuando como mandatario suyo. Esta es la posición que ocupa tanto quien cumple con la anuencia del deudor como quien sale como fiador por su encargo.

Sin embargo, a falta de tal autorización, conviene tener presente que nuestro Código civil (art. 1893) contempla las injerencias extrañas con desconfianza e incluso con cierto disfavor, de forma que no les dispensa protección indiscriminadamente, sino que solo tutela aquellas que, o bien generan resultados beneficiosos para el titular de los intereses a los que afectan, o bien resultan imprescindibles al objeto de evitarle algún perjuicio inminente y manifiesto. O sea: quien gestiona los asuntos de otro sin mediar encargo de este solo podrá exigirle que le resarza de los perjuicios que su intercesión le haya irrogado cuando la misma le haya resultado *útil*, utilidad que únicamente cabrá apreciar si a la finalización de la injerencia se constata la obtención de un resultado provechoso para el *dominus* (existencia de “ventajas”: art. 1893.I CC) o si, con independencia de tal resultado, cabe calificarla *ab initio* como “necesaria” (al haberse comenzado a ejecutar con el fin de evitar el referido “*perjuicio inminente y manifiesto*”: art. 1893.II)¹⁷. Es ahí

¹⁶ Realmente, el párrafo segundo del artículo 1823 CC establece que la fianza puede constituirse, “*no solo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo o aun contradiciéndolo éste*”. Literalmente entendida, la norma podría llevar a considerar que esta posibilidad de pactar la garantía con independencia de la actitud del afianzado ha de aplicarse solo al caso de la subfianza, y no a la fianza de primer grado. Pues comoquiera que el pronombre “este” parece referirse al (otro) fiador, quedaría sin solución expresa la hipótesis relativa a esta última. Sin embargo, entiende la doctrina que la interpretación de la norma es clara en el sentido de referir sus prescripciones al “afianzado”, ya se trate del deudor principal, ya del fiador (en la hipótesis de la subfianza), puesto que, según relata MANRESA, 1973, pp. 297 y 298, el examen de sus antecedentes pone de relieve la existencia en ella de un error de redacción que arranca de lejos: “En efecto: el párrafo segundo del artículo 1823 del Código se deriva del párrafo segundo del artículo 1734 del Proyecto de 1851, que dice: *Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador*, y que pasa al Proyecto de Código civil, libros III y IV (continuación del Proyecto de 1882), párrafo segundo del artículo 2º del título..., De la fianza [...]. En las distintas redacciones del Código, la palabra *fiador* se sustituye por *éste*, sin duda, para evitar la repetición del término. Con ello, el error queda definitivamente consumado, porque la verdadera redacción es la que se ofrece en el artículo 1734, párrafo segundo de la *versión manuscrita* del Proyecto de 1851, que dice: *Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiado*”.

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 259; SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 233 y 234, y 2016, pp. 1327 y 1328. Precisa esta última autora que, a la locución “aprovechamiento de las ventajas” empleada por el artículo 1893.I, conviene una interpretación objetiva: el *dominus* quedará obligado a indemnizar al agente siempre que la gestión arroje resultados positivos para sus intereses cualquiera que fuese su actitud hacia dichos beneficios (2000, pp. 285 y 286). Piénsese que, de otro modo, quedaría en manos del dueño el nacimiento de su propia obligación. En otras palabras: si se interpretase literalmente aquella norma, “habría que esperar a la decisión del dueño, que aprovecha o no las ventajas derivadas de la actuación del gestor, para saber si éste tiene derecho a ser reembolsado”; las posibilidades de satisfacción del agente se harían depender, entonces, de su exclusivo arbitrio (estos problemas también los denuncian –y corrigen por parecida vía– LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, pp. 259 y 260, y ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12909). Así, al tiempo que se dispensa adecuada protección a este sujeto, “impidiendo que el nacimiento de sus derechos quede a expensas de la voluntad del *dominus*, se evitan injerencias perjudiciales para el dueño, que sólo quedará obligado:

donde nuestro ordenamiento ubica el punto de equilibrio entre un hipotético veto absoluto a las intromisiones de tercero en el ámbito de los intereses privativos de cada individuo (en ausencia de autorización por parte de este o de legitimación conferida por la ley) y la admisión descontrolada de este tipo de conductas, que dejaría a los particulares inermes frente a iniciativas bienintencionadas pero torpes (por innecesarias y eventualmente dañosas)¹⁸.

Por supuesto, si el tercero se inmiscuye en un negocio, asunto o interés ajenos contra la prohibición expresa del *dominus*, no dispondrá de acción frente a este (sea cual sea el estado objetivo de aquel), ya que dicho veto tiñe automáticamente de ilicitud su injerencia: en presencia de una voluntad expresamente manifestada por el dueño, a ella ha de estarse necesariamente, pues él es el único juez de lo que conviene (o no) a su propia esfera jurídica. Tal regla solo se exceptúa cuando la propia prohibición deba considerarse contraria a Derecho, como cuando comporte el incumplimiento de una obligación de interés público, de una obligación legal o una conculcación de las buenas costumbres¹⁹. Dicho de otro modo: “no está [...] prohibido prohibir”²⁰ si el veto no resulta contrario a la ley, la moral o al orden público; luego, para que la prohibición pueda estimarse irrelevante, debe existir un interés superior que se sobreponga a ella. Pero, fuera de esas hipótesis, la gestión *prohibente domino* constituye una inmisión intolerable, por lo que el agente o gestor carece en principio de recurso (institucionalmente articulado) contra él²¹.

Mas, entonces, ¿por qué el Código civil, en contra de sus propios postulados, admite el pago por tercero o la constitución de fianza aun en contra de la expresa voluntad del deudor y sin discriminación alguna siquiera sea por razón del tipo de deuda de que se trate? Pues lo hace porque, en ambos casos, se halla en juego no solo su particular interés, sino también el del titular del crédito, a quien la intercesión de un tercero resulta a priori objetivamente provechosa: en el primero porque obtiene la oportuna satisfacción de su derecho, siendo así que, por regla general, su interés, como dijera GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1099 del proyecto de 1851 (antecedente del actual 1158 CC), “se cifra en ser bien pagado, venga el pago de cualquiera que sea” (a salvo, claro está, las obligaciones de hacer de carácter personalísimo)²²; y en el segundo, porque, como

-En los supuestos del art. 1893.II CC; es decir, cuando con la actuación del agente se trate de evitar un peligro inminente o manifiesto. Se contempla en él un caso de inicio útil de la gestión, que se da porque la gestión es necesaria y urgente, para cuya calificación es preciso tomar en consideración el fin perseguido.

-En las hipótesis reguladas en el párrafo primero del art. 1893 CC, que se refiere al aprovechamiento de las ventajas por parte del *dominus*, expresión que parece exigir una actividad por parte del dueño del negocio, pero que debe entenderse, a mi juicio, objetivamente –en el sentido expresado más arriba-, con la finalidad de evitar dejar a la discrecionalidad del dueño el nacimiento de su obligación indemnizatoria.

-Por supuesto, si hubiera ratificado la gestión” (SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 287 a 289).

¹⁸ ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12878.

¹⁹ SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 290 y 291, y 2016, p. 1332; ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12907.

²⁰ PASQUAU LIAÑO, 1986, p. 390.

²¹ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, pp. 261 y 262.

En estas hipótesis, por el contrario, será el dueño del negocio quien podrá reclamar del gestor el oportuno resarcimiento de los perjuicios causados. Si, por el contrario, la gestión le hubiese resultado provechosa y hubiese obtenido de ella beneficios a pesar de su expresa prohibición, se ha sostenido la posibilidad de que el gestor dirija contra él una acción de enriquecimiento (SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, p. 289; ARCOS VIEIRA, 2013, p. 12908). Por lo que se dirá después, el párrafo tercero del artículo 1158 CC podría constituir un argumento favorable a esta solución.

²² GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 128.

El artículo 1099 del proyecto isabelino decía lo siguiente: “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. / Puede hacerse igualmente por un

también señalara el ilustre jurista navarro (en glosa al artículo 1754 del proyecto - equivalente al vigente 1823 CC-), mediante la fianza garantiza el cumplimiento de la deuda, sin que quepa impedirle que tome “todas las seguridades posibles sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor”, por lo que “debe permitirse a cualquiera salir fiador”²³.

Ahora, que el Código civil admita que el pago o la constitución de la fianza se puedan hacer incluso contra la voluntad del deudor en consideración al concurrente interés del acreedor en la relación obligatoria no significa que en tales hipótesis dispense al tercero *solvens*, sea o no fiador, el mismo trato que a cualquier otro, *ya que aquel veto supone su automática exclusión de la esfera jurídica del obligado*; es decir, el Código admite el pago realizado o la fianza constituida *invito debitoris*, y lo hace por la razón que se acaba de exponer, pero, en lo que se refiere a los efectos que su intervención tiene frente al deudor, sigue los principios que, con carácter general, adopta en cuanto a las injerencias extrañas: el tercero que paga una deuda ajena o que constituye una fianza para asegurarla en contra de la voluntad del *dominus negotii* lo hace *a su riesgo y ventura*; y así, como a continuación se verá, su derecho de regreso queda sometido a un régimen distinto del que correspondería si no se hubiese dado esa circunstancia, es decir, diferente (hablando de la fianza) del previsto en el artículo 1838 CC.

2. ALCANCE DEL REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS* QUE SEA GESTOR DEL NEGOCIO DEL DEUDOR: EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL ARTÍCULO 1838 CC

En realidad, para sostener la idea de que el artículo 1838 CC no es aplicable al fiador que salió *prohibente debitoris*, debería bastar con lo razonado anteriormente. Pero ocurre que, a ello, se pueden adicionar, además, los siguientes argumentos:

1. El primero lo aportan los antecedentes históricos del artículo, pues aclaraba GARCÍA GOYENA al comentar el precepto correspondiente del proyecto de 1851 (art. 1752)²⁴ que la posición jurídica del fiador que hubiese salido tal contra la prohibición del deudor era, en lo referente a sus posibilidades de regreso, *la misma*

tercero, ignorándolo el deudor. / En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este”.

²³ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 142. En cuanto a las hipótesis de fianza constituida en la ignorancia del deudor, añadía otra razón, consistente en que, al ser un contrato de beneficencia, no debe presumirse que el obligado principalmente “resista la ventaja gratuita que se trate de proporcionarle” mediante ella, en el sentido, quizás, de que, sin dicha garantía, muy probablemente el acreedor no hubiese contratado o lo hubiese hecho en condiciones más onerosas para él (MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 292 y 293).

El mencionado artículo 1734 establecía que “[l]a fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso. / Puede constituirse no solo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador”. Sobre esta última alusión al “fiador” en lugar de al “fiado”, *vid.* lo dicho en nota 16.

²⁴ Dicho artículo 1752 decía así: “El fiador que ha pagado por el deudor, debe ser indemnizado por este.

La indemnización comprende:

1.º *La cantidad principal de la deuda.*

2.º *Los intereses de ella desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.*

3.º *Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en noticia del deudor que se le requería para el pago.*

4.º *Los daños y perjuicios cuando procedan.*

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor”.

que la del tercero que pagó contra su expresa voluntad: “si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099”²⁵, en cuyo último párrafo (inciso final) se establecía que el tercero que “pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este”, pues “*invito beneficium non fit*, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar”²⁶. Idea que, por cierto, reitera al analizar el artículo 1754 del proyecto, donde recuerda que aquella norma de Partida “niega al fiador *en este caso* [en el de veto del obligado] el derecho de repetir contra el deudor. Lo establecido sobre el pago al final del artículo 1099 es aplicable a este artículo”²⁷. Por tanto, en el proyecto se equiparaban completamente ambos sujetos, de modo que el *solvens*, fiador o no, que se inmiscuía contra la voluntad del obligado, carecía por completo de acción contra él.

2. El segundo lo suministra la propia letra del 1838 -casi idéntica a la del 1752 del proyecto-, puesto que, en su inciso final, ordena la observancia de sus disposiciones “*aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*”, conjunción adversativa de la que se sigue, lógica y gramaticalmente, que la norma *contempla como supuesto de hecho el del fiador solvens que salió por indicación del obligado principal*, es decir, por su mandato. La hipótesis prototípica que el legislador tiene en mente a la hora de regular el derecho de reembolso del garante es la de aquel que salió como tal por encargo del deudor y a quien, por tanto, autorizó a inmiscuirse en su esfera jurídica privativa. A pesar de lo cual, ordena la aplicación extensiva de sus prescripciones también al caso de la fianza prestada *ignorante debitore*, pero no, en cambio, a la celebrada contra la prohibición del deudor. ¿Y con qué fin? Pues lo hace con el propósito de simplificar el Derecho hasta entonces vigente, en el que, mientras a quien fiaba con el mandato o el consentimiento del deudor se le reconocía la *actio mandati contraria*, a quien lo hacía en su ignorancia se le daba la *negotiorum gestorum contraria*: el precepto, en resumidas cuentas, busca articular una única vía y establecer una sola acción que permita al fiador resarcirse del deudor, propiciando la desaparición de la duplicidad hasta entonces existente²⁸. Mas, lógicamente, este remedio

²⁵ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 158.

²⁶ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 129. *Vid.* nota 22.

²⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 143. El énfasis (“*en este caso*”) es del autor.

²⁸ Para un análisis detallado de tales antecedentes *vid.* CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 122 a 134 y 145 a 150.

Indica la autora que los presupuestos de la atribución, en el Derecho histórico, de ambas acciones al fiador son claros: “La necesidad de asegurar al fiador su indemnidad institucional exigía proporcionarle una acción en virtud de la cual pudiera hacer efectivo su derecho contra el deudor afianzado. La imposibilidad de una *actio ex stipulatu* a estos efectos -el deudor principal quedaba al margen de la estipulación fideusoria- hizo necesario el recurso a mecanismos jurídicos derivados de otras instituciones. Había que acudir para ello a la relación jurídica que internamente pudiera existir entre fiador y deudor principal.

Así, a partir del principio general *semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* [Digesto 50, 17, 60], se concede al fiador la *actio mandati contraria*. El amplio espectro del mandato, configurado -más allá del encargo expreso- por la tolerancia consciente de la gestión, lo convirtió en el vínculo jurídico más frecuente entre fiador y deudor principal. Con todo, no debe olvidarse que ‘*fideiubere quis etiam pro ignorante potest*’, en cuyo caso ‘*recte videtur idem dicendum in fideiussore sine mandato, quod in negotiorum gestore, quia eadem est ratio*’. De modo que ‘*...fideiussor sine mandato habet actionem negotiorum gestorum in omnibus casibus in quibus fideiussor cum mandato habet actionem mandati...*’.

La atribución al fiador de una u otra acción tiene lugar, pues, ‘*secundum formam fideiussionis, non secundum formam solutionis*’. Lo que significa que el dato determinante de la acción correspondiente -de mandato o de gestión sin mandato- es, respectivamente, el conocimiento o ignorancia del principal obligado

“simplificado”, que presenta la ventaja de evitar cualquier indagación acerca de cuál sea el tipo de relación que media entre garante y obligado, se ofrece, no a todo fiador, sino solo a aquel que sea a un tiempo *gestor*, oficial u oficioso, del deudor; y no a cualquier otro al que no cuadre semejante calificación. Esta fue la solución pergeñada por GARCÍA GOYENA para la fianza en el seno del proyecto de 1851²⁹ y la que fuera asumida después por nuestro Código a través del artículo 1838³⁰.

3. La corrección del aserto anterior se constata, asimismo, a la vista del contenido de la norma y de las distintas partidas que enumera como integrantes del derecho de reembolso, ya que con ellas lo que se pretende es, de modo similar a cuanto establece el artículo 1729 CC en sede de mandato, asegurar la plena indemnidad del fiador: el deudor debe reintegrarle, además de la cantidad que hubiese pagado al acreedor, los intereses legales de ella desde que le hubiese hecho saber el pago -aunque no los produjera para este último-, los gastos que se le hubieran ocasionado después de poner en su conocimiento que había sido requerido para el cumplimiento y, por último, los daños y perjuicios cuando procedan.

Llama la atención, en este sentido, el hecho de que los intereses contemplados por la norma carezcan de carácter moratorio, pues para su devengo no se exige interpelación, es decir, reclamación por el fiador al deudor de la cantidad pagada al acreedor, sino que basta con que le haya hecho saber el pago³¹: lógico, pues de lo que se trata es de compensar la pérdida patrimonial padecida por el fiador *solvens* a consecuencia de la indisponibilidad de la suma adelantada y que debió haber satisfecho el obligado principal; o sea, el objetivo es, simplemente, reparar el lucro cesante sufrido por el garante al dejar de disfrutar de ese capital. Desde

ante la constitución de la fianza. En realidad, se trata de un puro formalismo, de una cuestión de denominación. Tanto la acción contraria de mandato como la de gestión de negocios ajenos tienen, para el fiador, idéntica finalidad y contenido. Igualdad de efectos que no solo evidencia la inutilidad de la distinción entre fiador con y sin mandato. Cuestiona, además, la necesidad del propio recurso -probablemente abusivo, por lo que al tácito se refiere- al mandato” (CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 122 a 124).

²⁹ Decía el coautor del proyecto isabelino al respecto del último inciso del artículo 1752 (“*La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor*”) que, “[p]or Derecho Romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es más sencillo” (GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 158; énfasis añadido).

³⁰ En el mismo sentido, CASANOVAS MUSSONS, 1984, p. 160, quien afirma que la referencia del artículo 1838 CC al fiador *ignorante debitore* “obedece, evidentemente, a razones de tipo histórico: implica la superación de las antiguas acciones contrarias de mandato y de gestión oficiosa de negocios ajenos. La equiparación de derechos enunciada en el artículo 1838 *in fine* vendría de nuevo a destacar la innecesariedad de la casuística antes expuesta. Sin mayor trascendencia, quedaría reducida a un inútil lastre histórico, proveniente de un rígido sistema de acciones”.

Por el contrario, GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 218 y 219, entiende que el hecho de no referirse el artículo 1838 a la fianza dada en contra de la expresa voluntad del deudor y sí solo a la otorgada en su ignorancia no constituye una objeción a su aplicabilidad también en aquellos supuestos, pues para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición de aquel: “Si el precepto estima intrascendente el conocimiento del deudor, así deben considerarse las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía”. Pero más arriba ya se ha explicado por qué el Código admite aquella constitución *prohibente debitore*: la consideración al concurrente interés del acreedor.

³¹ CARRASCO PERERA, 2022, p. 350, nota 50, afirma también que el deudor no debe estos intereses en virtud del artículo 1108 CC, dado que su mora no es condición de la deuda de regreso. Sin embargo, MANRESA, 1973, pp. 408, estima, sin mayor explicación, que la previsión no es más que “una lógica aplicación” de la regla contenida en el 1108, idea de la que parece participar GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 213.

esta perspectiva, la previsión viene a coincidir con lo establecido en el artículo 1728.III CC, si bien este último precepto señala como *dies a quo* del devengo de intereses de las cantidades anticipadas por el mandatario aquel en el que se hizo la anticipación, lo que resulta razonable en la medida en que es a partir de ese instante que el gestor se ve privado de las sumas en cuestión³². Ahora, que, en el caso de la fianza, los intereses de las cantidades desembolsadas por el garante solo se devenguen “*desde que se haya hecho saber el pago al deudor*” también se comprende perfectamente a la vista de la naturaleza del asunto gestionado, pues un actuar diligente por parte del gestor (*vid.* arts. 1719 y 1889) exige la notificación inmediata de la materialización de la *solutio* al obligado a fin de evitar que este repita a su vez el pago. Obviamente, la norma, cuando se preocupa de puntualizar que el fiador tiene derecho al interés legal incluso en el caso de que la deuda no lo generara para el acreedor, corrobora la idea de que se está ante un derecho que nace *ex novo* en cabeza del garante³³. Lo que *sensu inverso* quiere decir igualmente que tampoco cuenta en absoluto el interés que se hubiera podido pactar para la deuda pagada: el interés legal, por la razón expuesta, surge en la fecha de referencia y sin que cuente el que tuviese la obligación afianzada. Cosa distinta es que hubiera mediado entre fiador y deudor estipulación en cuanto al porcentaje aplicable o el momento del devengo, pues ese pacto desplazaría la previsión dispositiva del artículo 1838.II³⁴.

En cuanto a la tercera partida incluida en la norma (gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago), la doctrina suele incluir como concepto más enjundioso el de las costas judiciales soportadas por el garante que, al no atender al requerimiento previo, se ve finalmente demandado por el acreedor. Sin embargo, suele entenderse que, a tal efecto, es necesaria la ausencia de culpa o temeridad en el fiador, de modo que no serán de cargo del deudor aquellos gastos, judiciales o extrajudiciales, que obedezcan a un comportamiento reprochable del garante: obvio, porque, como ya se ha dicho, el fiador se entromete en una esfera jurídica ajena cuyo interés ha de gestionar con la debida diligencia, de modo que no cabrá indemnizarle aquellos gastos que quepa reputar innecesarios ni los que obedezcan a su exclusiva voluntad o que se hayan generado por su comportamiento culposo (art. 1729 CC). Y de ahí también que la norma reitere la exigencia de “puesta en conocimiento del deudor”, carga de cuyo cumplimiento depende, no la acción de regreso con carácter general, sino la posibilidad de recuperar los gastos mencionados, pues piénsese que solo mediante su satisfacción podría comunicar el *dominus negotii* (deudor) al fiador la eventual existencia de excepciones oponibles frente a la reclamación del acreedor y, por tanto, la pertinencia o no del pago y la subsiguiente (in)utilidad de los referidos gastos.

En fin, el número cuarto del artículo 1838 establece que el garante podrá reclamar asimismo del deudor “*los daños y perjuicios, cuando procedan*”, es decir, cualesquiera otros que le haya podido generar el pago de la fianza y que pueda acreditar conforme a las reglas generales. En este punto, suele resaltarse la dificultad de concretar perjuicios que, derivados del incumplimiento de la obligación garantizada, sean diferentes a los incluidos en las partidas anteriores,

³² LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268.

³³ CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12616.

³⁴ GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 331.

pero se han incluido aquí, por ejemplo, las impensas realizadas para readquirir las fincas que le fueron subastadas para pagar al acreedor (intereses, impuestos, gastos notariales y registrales de todo tipo)³⁵ o los gastos de cancelación del embargo trabado sobre sus bienes una vez hubo pagado a aquel voluntariamente³⁶. Sin embargo, no se entiende que se pongan a cargo del deudor tales perjuicios, puesto que derivan directamente del incumplimiento del fiador de una obligación propia (la fideusoria) y, en tal sentido, difícilmente son imputables al afianzado, salvo que se considere suficiente a estos efectos el mero conocimiento por parte del deudor de la situación del garante y su abstención ante la actuación del acreedor contra este³⁷. Ahora, sea lo que sea de lo anterior, lo cierto es que este apartado 4º del artículo 1838 CC se muestra también revelador del tipo de fiador que se representa la norma: aquel que, al ostentar la condición de gestor (oficial u oficioso) de un negocio ajeno, merece salir indemne de su intercesión. Y nótese, en refuerzo de esta idea, el carácter relativamente incondicional que se asigna a este derecho de resarcimiento integral, ya que el precepto, en esta ocasión, no supedita su efectividad a la necesidad de una previa comunicación al obligado.

3. ALCANCE DEL REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS* QUE NO SEA GESTOR DEL NEGOCIO DEL DEUDOR: EL DERECHO DE REPETICIÓN DEL ARTÍCULO 1158.III CC

Ahora, si el fiador que no actúa en calidad de mandatario del deudor ni como su gestor oficioso, no dispone de la acción de reembolso del artículo 1838 CC, ¿qué remedio tiene frente a él en caso de que acabe pagando la deuda afianzada?

Según se ha podido comprobar en el epígrafe anterior, en Derecho histórico la respuesta era sencilla: ninguno. Y fue esta solución la que adoptó el proyecto de 1851, sentando, simultáneamente, un paralelismo con la hipótesis del tercero que, sin ser garante del deudor, pagaba una deuda ajena *prohibente debitorum*: si este sujeto no tenía derecho a recuperar nada del deudor por el que había pagado, tampoco había de tenerlo el fiador que hubiese salido como tal contra la oposición del obligado principal. Es decir, por razones de pura coherencia, se estimaba que la solución debía ser la misma para ambas hipótesis.

Sin embargo, este escenario cambia con la entrada en vigor del Código civil, porque, mudando el criterio del proyecto isabelino, pasa a reconocerse al *solvens* la posibilidad de repetir del deudor “*aquello en lo que le hubiera sido útil el pago*” (art. 1158.III CC), acaso por considerar (frente al criterio de GARCÍA GOYENA) que es impertinente presumir la concurrencia de ánimo liberal en quien pagó en tales circunstancias, por lo que, si no se obligase al deudor a reintegrar lo que entregó por él, este acabaría por enriquecerse injustamente a su costa³⁸.

³⁵ STS 24 julio 1996 (RJ 1996/6054).

³⁶ MONSERRAT VALERO, 2017, p. 511, con apoyo en la STS 12 abril 2004 (RJ 2004/2054).

³⁷ En esta dirección, se ha afirmado que el fiador no está obligado frente al deudor a pagar al acreedor cuando es reclamado, cuando es el propio deudor quien, con su conducta incumplidora, ha dado lugar a que exista el proceso (CARRASCO PERERA, 2022, p. 3503). Pero no por ello los gastos arriba aludidos dejan de ser producto de actos propios del fiador, quien bien pudo consignar o pagar para evitarlos [*vid.*, en este sentido, SAP Murcia 2 febrero 2009 (JUR/2009/276384)].

³⁸ Recuerda CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 164 y 165, que esta solución se tomó, vía Anteproyecto, del Código civil argentino, siendo la doctrina de este país la que sintetizara su fundamento del siguiente modo:

Pues bien, como se ha sostenido con acierto, el pago hecho por el fiador *prohibente debitor* ha de producir, precisamente, los efectos del artículo 1158.III CC³⁹. Pero no porque se trate de una norma que haya de aplicarse por razón de analogía, sino porque es *la norma directamente aplicable a ese supuesto de hecho*: comoquiera que la oposición del deudor supone la automática exclusión del fiador de su esfera jurídica privativa, *el garante queda técnicamente relegado a la condición de tercero*, por lo que la recuperación de lo pagado no tiene -bajo ningún concepto- encaje jurídico en el artículo 1838 CC y sí solo en aquel otro precepto del Código⁴⁰.

Sentado lo anterior, todavía hay que abordar, sin embargo, dos importantes cuestiones.

3.1. Contenido y alcance

La primera tiene que ver con el alcance de la acción de repetición del último párrafo del artículo 1158 CC. Como ya se ha dicho, esta norma establece la posibilidad de que cualquier persona pague una deuda ajena “*tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor*”, o ya lo haga, incluso, “*contra su expresa voluntad*”. Ahora, mientras que, para este último caso, la norma sienta la regla de que el tercero *solo* podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido *útil* el pago, para los otros dos (pago con aprobación o con desconocimiento del *dominus*) dispone que podrá reclamar del obligado “*lo que hubiese pagado*” por él.

La dificultad con la que de inmediato se encuentra el intérprete consiste en determinar dónde estriba la diferencia entre ambas acciones, pues está claro que, a tenor de su letra, alguna debe existir. Y para descifrarla es necesario aclarar cuál sea el significado con el que el legislador emplea el término “utilidad” en el precepto.

Existe una cierta tendencia hermenéutica a equiparar esta palabra con la posible existencia de excepciones esgrimibles por el deudor frente a una hipotética reclamación del crédito por parte del acreedor (por prescripción, compensación, etc.), de modo que, si el tercero hubiese pagado con su oposición, una vez acreditada la *inutilidad* de su injerencia a la vista de aquellas, el obligado podría enervar su reclamación. Ahora bien, esta intelección conduce a resultados absurdos, ya que, tratándose de pagos hechos con el

“no cabe permitir, sin más, el ánimo de liberalidad del que pagó en estas circunstancias; descartada la donación, si no se obligara al deudor al reintegro en la medida de la utilidad recibida, se enriquecería injustamente en perjuicio del *solvens*. Razones que la Comisión redactora del Anteproyecto español debió estimar como más convincentes -por equitativas- que las ofrecidas por GARCÍA GOYENA para justificar la solución del Proyecto de 1851”.

³⁹ CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 165 y 166.

⁴⁰ Se muestran de acuerdo con esta conclusión CARRASCO PERERA, 2022, pp. 342 y 343; REYES LÓPEZ, 2016, p. 1144; GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 330; CASTILLA BAREA, 2013, pp. 12618 y 12619. Como sintéticamente afirma MANRESA y NAVARRO, 1973, p. 419 -aunque, curiosamente lo hace en relación al remedio subrogatorio previsto en el art. 1839-, “lo que la ley concede en dicho caso al tercero no puede ser negado al fiador, cuyo derecho no es menos digno de protección”. Sin embargo, no comparte esta opinión, como ya se advirtió en nota 30, GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 218 y 219, quien estima procedente el recurso al artículo 1838 CC también en estas hipótesis so pretexto de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1823 CC: ya se dijo, no obstante, que una cosa es que se pueda constituir la fianza por convenio entre fiador y acreedor incluso con la oposición del deudor y otra completamente distinta que quepa imponerle esta relación jurídica aun en contra de su voluntad; de ahí la imposibilidad de apreciar la existencia de vínculo jurídico alguno entre deudor y fiador y la inaplicabilidad en estos supuestos de los recursos contemplados en los artículos 1838 y 1843 CC.

desconocimiento del deudor, termina por colocarse a este en una situación peor a la que tendría si el tercero no hubiese intervenido: en efecto, si se entiende que, habida cuenta del absoluto silencio del artículo 1158, el derecho de regreso del *solvens* que pagó en la ignorancia del obligado -a diferencia de lo que acontece en los supuestos de pago con oposición- tiene siempre un carácter incondicional y que no se halla sometido a ninguna de las excepciones que este hubiese podido esgrimir frente al acreedor y que hubiesen hecho el crédito total o parcialmente inexigible, la posición de aquel se vería injusta y notoriamente empeorada.

Pero no se trata solo de eso: es que además, como ya se ha sugerido antes, quien paga un débito ajeno en la ignorancia del deudor se entromete en una esfera jurídica extraña, con lo que se erige en *gestor officioso* del negocio del obligado⁴¹, siendo así que, según se sabe, a un tal gestor únicamente le está permitido repetir cuando, por medio de su actuación, haya procurado una efectiva ventaja al *dominus negotii* (art. 1893 CC). Luego el deudor ha de poder enervar la reclamación que el *solvens* dirija contra él si demuestra que su intervención no le fue favorable o, tanto da, que no le reportó ningún beneficio⁴², lo cual sucederá siempre que la obligación estuviese previamente extinguida⁴³ o cuando, aun sin estarlo, su exigencia por parte del acreedor fuese excepcionable totalmente (o en la parte en que lo fuera). Ahora, si existiera real y verdadera ventaja (o en la medida en que la hubiere), el *solvens* podrá demandarle, no solo lo que objetivamente importase la obligación (“*lo que hubiese pagado por el deudor*”), sino todas las expensas realizadas en su interés (siempre que fueren necesarias⁴⁴) y la indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir, porque tal es el alcance que, a tenor del artículo 1893 CC, tiene la *actio negotiorum gestorum* contraria que en este caso le compete y con la que necesariamente deben integrarse, en una interpretación sistemática (art. 3.1 CC), las previsiones del 1158. Entre dichos daños deben computarse, por supuesto, los intereses de las cantidades anticipadas por el agente, ya que constituyen reparación del lucro cesante que ha padecido al dejar de disfrutar de ese capital⁴⁵, si bien el deudor solo estará obligado a abonarlos en la medida de su enriquecimiento⁴⁶, como si, por ejemplo, los intereses remuneratorios pactados con el acreedor en el préstamo oneroso extinto (mediante el pago del tercero) fuesen inferiores a los legales aquí aplicables: deberá lo que importarían aquellos hasta el instante de su satisfacción al *solvens* y no los últimos; de otra manera, empeoraría su situación, en contra de la evidente voluntad de legislador⁴⁷.

⁴¹ En este sentido, SSTS 5 marzo 2001 (RJ 2001/2564), 25 junio 1992 (RJ 1992/5474) y 23 octubre 1991 (RJ 1991/7484).

⁴² STS 30 septiembre 1987 (RJ 1987/6455).

⁴³ STS 18 noviembre 1998 (RJ 1998/8412).

⁴⁴ Es decir, siempre que en ellas hubiese debido incurrir también el obligado o que pudieran reputarse indispensables a la vista de las circunstancias del caso.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268; SÁNCHEZ JORDÁN, 2000, pp. 519 y 520.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1975, p. 268.

⁴⁷ Como ya se indicó en otro lugar: GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 28 y 29.

Por otra parte, téngase en cuenta -como también se dijo allí: p. 27- que, aun cuando el deudor acreditase la existencia de excepciones que hicieran la obligación total o parcialmente inexigible, el *solvens* todavía podría mantener su pretensión indemnizatoria si por mor de su actuación evitó “*algún perjuicio inminente y manifiesto*” al *dominus*, puesto que, a tenor del artículo 1893.II, en tales hipótesis este queda obligado aunque de la injerencia extraña *no resulte provecho alguno*. Ha de tratarse, por tanto, de una actuación necesaria y urgente que tenga por fin evitar que se cause un perjuicio o daño a una cosa, lo que, en el supuesto del artículo 1158 CC, quizás haya de traducirse (como único caso a considerar), en la pérdida de un valor patrimonial a resultas del ejercicio de una garantía real o de un procedimiento de apremio. Mas nótese que el perjuicio ha de ser “inminente”, inminencia a la que se habrá arribado, ya por la ausencia o imposibilidad de actuación del deudor, ya por su descuido o incuria al momento de hacer valer sus defensas

En fin, ni que decir tiene que el tercero, cuando pague con la aprobación del deudor, también debe quedar indemne de su intervención, ya que su injerencia ha sido consentida por este, siempre que en el cometido del encargo no se haya conducido culposa ni imprudentemente (arts. 1728 y 1729 CC).

Pues bien: es aquí, ni más ni menos, donde reside la diferencia entre ambas acciones, esto es, entre la de *reembolso* prevista en el párrafo segundo del artículo 1158 para los casos de pago por tercero con la aprobación o en la ignorancia del deudor y la de *repetición* contemplada en su párrafo tercero para los supuestos de pago *invito debitore*: mientras en las dos primeras hipótesis el *solvens* tiene derecho a ser indemnizado del *entero empobrecimiento patrimonial* que su intervención le haya causado (en concordancia con lo dispuesto en los arts. 1729 y 1893 CC), en la tercera solo tiene derecho a que se le restituya el *efectivo enriquecimiento que haya proporcionado al deudor*, excluyéndose, por tanto, la reparación de los perjuicios que hubiese podido sufrir a raíz de su injerencia y, en especial, el lucro cesante padecido (así, los intereses legales de la suma anticipada si la deuda era pecuniaria). Y es que quien se inmiscuye en una esfera jurídica ajena con la oposición del interesado lo hace a su riesgo y ventura; es decir, sea que dicha intervención se haya producido en calidad de pagador directo de la deuda ajena, sea en la de garante de la misma, no tiene derecho a ser indemnizado por el obligado principal.

Atendido lo anterior, constituye un error afirmar que, a la vista del artículo 1838 CC, el fiador ostenta una mejor posición que la que tiene cualquier tercero *solvens* so pretexto de que este último ve limitado su derecho de reembolso a la cantidad satisfecha en lugar del deudor o al montante en que el pago le haya sido útil (art. 1158)⁴⁸. Pues una interpretación sistemática de las normas implicadas pone de manifiesto bien a las claras que *en ambos casos la extensión, cuantía y consistencia de la acción de regreso es idéntica según cuáles sean las circunstancias en que haya tenido lugar la injerencia*: existe una primera acción de reembolso por la que el fiador o el *solvens* que actúe en calidad de gestor, oficial u oficioso, del deudor podrá reclamar y obtener de este una plena indemnidad (arts. 1158.II, 1729, 1838 y 1893 CC), y otra segunda, de carácter residual, que está reservada para el garante o el pagador *prohibente debitore* y mediante la cual únicamente podrá repetir contra él el efectivo enriquecimiento patrimonial que le haya proporcionado⁴⁹.

En definitiva, queda claro que el fiador al que no resulte aplicable el artículo 1838 CC solo puede pretender del deudor el reintegro de la primera de las partidas allí enumeradas (“[l]a cantidad total de la deuda”) y, además, no con base en este precepto, sino en el 1158.III CC⁵⁰.

jurídicas, ya por la dificultad procesal de oponerlas a fin de evitar la ejecución (*vid.*, p. ej., arts. 557, 564, 695 y 698 LEC).

⁴⁸ GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 212; CASTILLA BAREA, 2013, p. 12615.

⁴⁹ Sostiene asimismo CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 166 y 181, que, en los casos de fianza *prohibente debitore*, la recuperación de lo pagado no tendrá como medida, en términos económicos, el empobrecimiento del fiador (art. 1838), sino estrictamente el enriquecimiento del deudor (art. 1158.III CC).

⁵⁰ Parecidamente, el fiador *prohibente debitore* no se halla legitimado para pedir su liberación en el caso de que se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 1843 CC. Las razones para ello son varias y “obvias”:

“- El artículo 1843 (como, en su caso, el artículo 1838) viene a compendiar las antiguas acciones contrarias de mandato y de gestión oficiosa. El concepto de gestión de negocios ajenos (arts. 1888 y ss.) es incompatible con la oposición del titular.

Por supuesto, la acción de regreso del garante (ora de reembolso, ora de repetición) solo nacerá, como en los supuestos de pago por tercero, cuando el que haya efectuado por el deudor le haya sido ventajoso. Pero es que, en este caso, existe además una norma que así lo indica de forma expresa, como es el artículo 1840 CC, según el cual, si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este oponerle todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago. El fundamento de la norma radica, precisamente, en la imposibilidad de que la posición del deudor resulte agravada en contra de su voluntad por el acreedor o por el fiador (*vid.* art. 1835.I); entonces, si el garante realizó la *solutio* sin comunicárselo con la debida antelación, el deudor podrá hacer valer contra el fiador las mismas excepciones que podría haber opuesto si se le hubiera reclamado a él el cumplimiento. En este sentido, queda claro que el precepto (aunque la afirmación contraria sea habitual en la doctrina) no estipula una sanción *stricto sensu* para el fiador que obre en tales circunstancias; se trata, simplemente, de que, de concurrir aquellos medios de defensa, el crédito de regreso no llegará a nacer, pues su existencia depende de la correlativa inyección de “ventajas” en el patrimonio del obligado (art. 1158.II y III CC)⁵¹.

Si, habiendo notificación, el deudor omitió comunicar al fiador las susodichas excepciones, no podrá oponérselas para eludir el recobro, lo que es consecuente con la idea de que el gestor (mandatario o agente oficioso) debe quedar indemne de los perjuicios que le haya causado la gestión sin culpa ni imprudencia por su parte (arts. 1729 y 1893)⁵².

- Tampoco existe, entre deudor principal y fiador, gestión o vinculación fideusoria que justifique el recurso al artículo 1843. La intromisión del fiador no está legitimada respecto del principal obligado. Frente a este, el fiador -que lo es frente al acreedor- ostenta la condición de simple tercero. El artículo 1843 es una norma típica y exclusiva del fiador vinculado -valga la redundancia- fideusoriamente al deudor principal. Su protección no se extiende a los terceros.

- No hay caso respecto a una posible compensación al fiador (perjudicado por alguna de las circunstancias del art. 1843) por la utilidad que ha proporcionado al deudor principal. En primer lugar, porque se trata de una utilidad indirecta (generosidad del acreedor). Pero, sobre todo, porque no existe enriquecimiento injusto alguno” (CASANOVAS MUSSONS, 1984, p. 182).

⁵¹ Por eso se afirma que “el deudor no puede oponerse a la vía de regreso, aunque el fiador incumpliera el mandato legal, si de hecho aquél carecía de cualquier excepción que pudiera oponer a la reclamación del acreedor, o si el mismo fiador las opuso por su parte sin necesidad de que le fueran comunicadas por el deudor” (CARRASCO PERERA, 2022, p. 377).

La STS 14 noviembre 1981 (RJ 1981/4510) sostiene que el único efecto que produce el incumplimiento del deber del fiador previsto en el artículo 1840 CC “es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor, y presupuesta esa falta de comunicación de la intención de pagar el fiador, el deudor queda facultado para hacer valer las aludidas excepciones, de forma que el remedio a favor del deudor queda vacío de contenido cuando, como en el caso ahora contemplado, tales excepciones no existían, o han sido insuficientes, para enervar el derecho de reembolso del fiador, verificándose entonces el regreso del fiador contra el deudor, como apreció la sentencia impugnada, sin ningún género de limitación”.

⁵² Ha de recordarse, no obstante, que según nuestro Código existen algunas excepciones que el fiador no puede blandir frente a la reclamación que contra él dirija el acreedor y que, sin embargo, el obligado sí podrá utilizar para hacer decaer su acción de recobro. Esto ocurre con aquellas que “*competan al deudor principal*” y “*sean puramente personales*” de este (art. 1853), y que la doctrina mayoritaria equipara a las que nacen de la falta de capacidad del deudor para obligarse, ya sea a causa de su minoría de edad, ya por motivo de cualquier otra circunstancia que la constriña (*vid.* art. 1824.II), sin que sin embargo hayan de entenderse incluidos en dicha expresión los vicios del consentimiento, que sí constituirían excepciones oponibles por el garante.

Por el contrario, sí deben sumarse, en nuestra opinión (GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 113 y 114), aquellos medios de defensa que el fiador no pudo esgrimir frente a las exigencias del acreedor al hallarse la

3.2. Supuestos en que procede: fiador *prohibente debitore* y fiador *in rem suam*

La segunda interrogante que procede plantearse es la de si la solución prevista en el artículo 1158.III CC resulta extensible a supuestos distintos a los del fiador *prohibente debitore*, y la respuesta al respecto ha de ser indudablemente positiva. Pues si el fundamento del derecho de reembolso regulado en el artículo 1838 es la existencia de una relación de gestión (contractual o cuasicontractual) entre deudor y fiador de un asunto propio del primero, ha de concluirse que, siempre que falte dicho presupuesto, el único remedio del que dispondrá el garante *solvens* frente al fiado será, en su caso, la acción de repetición contemplada en aquel otro precepto del Código.

Así sucede, en particular, en todas aquellas hipótesis en que el fiador haya salido como tal *por propio interés o por su privativa utilidad* o, lo que es igual, para gestionar negocios que en realidad solo a él incumben (fiador *in rem suam*): al faltar el *animus aliena negotia gerendi* o, lo que es igual, al concurrir en él *animus depraedandi*, no podrá nacer el deber de indemnizar connatural al mandato o a la gestión de negocios ajenos, y la obligación del *dominus* quedará reducida, todo lo más, a restituir al garante el enriquecimiento obtenido gracias a su intervención.

Este sería el caso, verbigracia, del socio mayoritario o administrador que afianza una deuda financiera de la persona jurídica: si finalmente paga, podrá repetir contra esta siempre y cuando no haya abuso de la personalidad, pero, desde luego, no tendrá derecho a una plena indemnidad, pues no hay aquí administración de un asunto *ajeno*, sino de uno *propio*; esto es, únicamente podrá repetir en la medida del enriquecimiento generado en favor de la sociedad *ex* artículo 1158.III CC en mérito al dogma de la separación de patrimonios. No en vano sostiene la jurisprudencia que, cuando “fiador y deudor componen un centro de imputación único o bien cuando el fiador crea la fianza porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda como ocurre en el presente recurso, en que los fiadores eran socios de la deudora y, algunos de ellos eran, además, sus administradores sociales”, la fianza ha de considerarse “vigente”, sin que sin embargo pueda aplicarse el artículo 1851 CC “al haberse prestado la fianza, en realidad, no sólo en beneficio de la propia sociedad, sino en interés de los propios fiadores” (STS 21 mayo 2009⁵³). Es decir, aunque la fianza subsiste como tal, cuando ese contrato “viene a garantizar el pago de una obligación principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad *strictu sensu* con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes” (STS 2 diciembre 1988⁵⁴), y es que ese interés propio “desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal” (STS 16 septiembre 1988⁵⁵).

obligación fideusoria plasmada en título que llevase aparejada ejecución si el garante salió en la ignorancia del deudor o con su oposición (salvo, acaso, cuando el crédito contra el obligado constase en igual forma). Empero si el deudor hubiese comisionado al garante para que saliese como tal, no podrá evitar su regreso mediante el recurso a excepciones improcedentes en vía ejecutiva: a pesar de que no exista efectivo enriquecimiento del obligado, el fiador podrá exigir la restitución del empobrecimiento sufrido, pues, repetimos, ha de quedar a salvo de todo perjuicio que no obedezca a su incuria o imprudencia (art. 1729 CC).

⁵³ RJ 2009/3029. Esta resolución cita en apoyo de su doctrina las SSTS de 23 mayo 1977, 8 mayo 1984 (RJ 1984/2399) y 30 diciembre 1997 (RJ 1997/9667).

⁵⁴ RJ 1988/9287.

⁵⁵ RJ 1988/ 6693.

Ahora, si, en virtud de la doctrina del levantamiento del velo o por cualquier otra circunstancia, el socio o administrador fiador mereciese la consideración de deudor antes que la de simple garante, claro es que no cabrá mantener esa “vigencia” del contrato de fianza ni habrá en consecuencia derecho de regreso⁵⁶.

Por el contrario, la concurrencia de una relación de afinidad, parentesco o amistad entre fiador y deudor es una mera cuestión fáctica sin transcendencia a estos efectos, puesto que se trata de una circunstancia que no elimina el carácter ajeno del negocio ni supone la concurrencia de un interés *material* del garante en la obligación afianzada: antes bien, es el típico supuesto de fianza prestada por razón de beneficencia que el legislador tomó como modelo al momento de regular este contrato y para los que está pensada la acción de reembolso *ex* artículo 1838. Solo en caso de que se constate aquel interés material cabrá relegar el derecho de regreso del garante *solvens* a la vía del artículo 1158.III CC, sea que el provecho o utilidad propios tengan carácter directo, sea indirecto: esta sería la hipótesis, por ejemplo, del cónyuge que sale fiador de la empresa de la que el consorte es administrador o socio y de cuya actividad (conocida y consentida por aquel) se nutre la economía familiar al hallarse casados bajo el régimen de gananciales⁵⁷.

En fin, conviene subrayar que la solución postulada para el garante *in rem suam* concuerda con los antecedentes históricos, pues este era uno de los casos que, en Derecho romano, integraba la tríada de hipótesis en las que se negaba toda acción al fiador (*vid.* ley XII, título XII, Partida V): fianza *prohibente debitore*; fianza *in rem suam*; y fianza prestada *animo donandi*⁵⁸. Así, si al momento de la aprobación del Código se mudó de

Vid. asimismo SSTS 31 marzo 2003 (RJ 2003/2836) y 20 julio 2018 (RJ 2018/3138), de las que también se colige que la concurrencia de la condición de socio o de administrador en el fiador no significa, para el Alto Tribunal, que la deuda financiera social deba reputarse suya, incluso en supuestos de clara infracapitalización de la sociedad. Con todo, la segunda no es coherente con la jurisprudencia citada en el texto, en la medida en que admite el ejercicio de la acción de cobertura del artículo 1843 por parte de los socios fiadores al no apreciar la existencia de abuso del derecho en tal sentido: sin embargo, en nuestra opinión, el problema no estriba en si concurre o no este último, sino en el hecho de que el fiador *in rem suam* no tiene acceso a esta acción al estar prevista por el legislador en beneficio del garante que carezca de interés en la deuda. Es decir, la facultad de liberación concedida en el artículo 1843 “supone una solución de equidad para el fiador injustamente expuesto a ser víctima de su propia generosidad”, pero no para aquel que capitalice la intervención en provecho propio, pues no cabe apreciar en ese caso perjuicio alguno para él, en tanto que la obligación fideusoria representa una inversión en su exclusivo interés. “En definitiva, el artículo 1843 resulta inaplicable al fiador *in rem suam* porque fallan los propios presupuestos de aplicación de la norma: el interés del deudor y el perjuicio del fiador” (CASANOVAS MUSSONS, 1984, pp. 185 a 187).

⁵⁶ Así lo entienden también COCA PAYERAS, *CCJC*, 1988, pp. 813 y 814; y CASTILLA BAREA, 2013, p. 12619. Considera esta última autora que cabría, en estos supuestos, “con las salvedades y matices oportunos, considerar que se produce una confusión de derechos *ex* artículo 1192.I CC, cuando, merced a la doctrina del levantamiento del velo, se acredita que el fiador tendría que reclamarse a sí mismo en vía de regreso, esto es, que sería simultáneamente acreedor y deudor de sí mismo” (p. 12619, nota 46).

⁵⁷ Fiador al que tampoco cuadra, al existir “vinculación funcional” con la sociedad o empresa, la calificación de “consumidor”, ni, por tanto, el régimen de protección establecido por el TRLGDCU frente a posibles cláusulas abusivas: SSTS 7 noviembre 2017 (RJ 2017/4763), 28 mayo 2020 (RJ 2020/1345) y 12 noviembre 2020 (RJ 2020/4576). Cfr. estas resoluciones con la STS 19 abril 2021 (RJ 2021/1823), en la que sí se consideró que revestían la calidad de consumidores los padres fiadores de la prestataria aun cuando esta había asumido la deuda con una finalidad profesional, pues “ni tuvieron participación directa en el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo (una actividad profesional de la hija), ni tenían ninguna vinculación funcional con el mismo (administradores, gerentes, cónyuges que deban responder legalmente de la deuda...)”.

⁵⁸ Aquella norma de Partidas (recordada por GARCÍA GOYENA, 1852, t. IV, p. 1457, en su glosa al art. 1752 del proyecto isabelino), tras admitir la posibilidad de constitución de la fianza con el conocimiento, en la

criterio para reconocer al primero la posibilidad de entablar la acción de repetición del 1158.III a fin de recuperar el enriquecimiento generado en el deudor, parece conclusión lógica y natural extender idéntico trato al fiador actuante en provecho propio. Entonces, el único supuesto, de entre los tres citados, en el que resultaría negada, aún hoy, toda posibilidad de regreso al fiador *solvens*, sería aquel en el que salió como tal con *animus donandi*⁵⁹.

4. LA SUBROGACIÓN EN FAVOR DEL FIADOR *SOLVENS*

4.1. Las incógnitas que rodean a la figura

Tal y como se ha indicado al comienzo de este trabajo, junto al derecho de reembolso del artículo 1838, nuestro Código reconoce en el 1839 al fiador *solvens* otro remedio frente al deudor, que no es otro que el de la subrogación “*en todos los derechos*” que el acreedor tenía contra este. No obstante, el párrafo segundo de la norma introduce una importante matización, consistente en que, si el garante hubiese transigido con el titular del crédito, no podrá pedir al principal obligado más de lo que realmente hubiese pagado.

Como se ha señalado también en ese mismo lugar, surge entonces la interrogante de determinar si el fiador dispone de una única vía de regreso, cual sería la de reembolso regulada en el artículo 1838 pero reforzada en su ejercicio en virtud de los derechos y privilegios que correspondían al crédito satisfecho por mor de la subrogación (*ex art. 1839*) o si, por el contrario, goza de dos acciones, de las que una sería la de reembolso surgida del contrato de fianza y la otra, la de subrogación en el crédito pagado, puesto que el artículo 1839 ha de ponerse en todo caso en relación con el 1212, en el que se determina cuál es el alcance del fenómeno subrogatorio con carácter general; y sabido es que, según la letra de este último precepto, dicho fenómeno se extiende tanto al crédito que en el momento de la *solutio* ostente el acreedor originario como a los privilegios y derechos a él anexos, “*ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas*”. Pero comoquiera que el fiador *solvens* no podría, obviamente, cobrar dos veces por la misma causa, se plantea de inmediato el dilema, para quienes defienden esta segunda intelección, de dilucidar si ha de ejercitar preferentemente la acción subrogatoria, o, por contra, la de reembolso, o si ha de elegir entre ellas (y cuándo), o si puede ejercitarlas conjuntamente pero en forma alternativa; posibilidades, todas, que, a tenor de su formulación, colocan al pagador ante un gravísimo dilema: el de tener que optar entre que se le indemnice todo el empobrecimiento sufrido (gastos del pago, lucro cesante, etc.) *mas sin privilegio ni garantía de ningún tipo* (salvo que hubiese tenido la precaución de obtenerla del deudor con antelación), o que se le restituya exclusivamente el importe objetivo del crédito pagado (para lo que podrá hacer uso, esta vez, de los accesorios) *aunque renunciando a la reclamación de los daños padecidos*. Si

ignorancia o incluso contra la voluntad del deudor, establecía que, una vez el fiador pagase, aquel quedaba obligado a restituir, “[*ffueras ende en tres casos. El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro, aquello que fia, o de lo pagar por el, para nunca selo demandar [es decir, con animus donandi]. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador [fiador in rem suam]. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento de aquel a quien fio [fiador prohibente debitore]*”.

⁵⁹ Indica con razón CASTILLA BAREA, 2013, p. 12619, nota 44, que la prueba de la existencia de ese ánimo corresponderá al deudor demandado en vía de regreso y que, en cualquier caso, deberá concurrir en algún instante (atendido el régimen que el Código establece para la donación) una declaración negocial expresa por parte del fiador de constituirse en donante. En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, 1973, p. 417.

bien hay algunas aisladas opiniones que entienden que la subrogación, en la medida en que supone la pervivencia del crédito asegurado *ex* artículo 1212 CC, permitiría al garante subrogado reclamar no solo el principal, sino también los intereses, tanto remuneratorios como moratorios, que aquel genere⁶⁰.

Enseguida se abordará esta crucial cuestión, la cual, en nuestra opinión, se resuelve a la luz de la naturaleza jurídica que la subrogación tiene en el Código. Pero antes de ello, conviene aclarar otro problema, relativo, no al contenido y alcance del remedio contemplado en el artículo 1839, sino a su espectro subjetivo: ¿se trata de un mecanismo estipulado en beneficio de todo fiador que haya pagado por el deudor o solo de aquel que reúna ciertas condiciones y requisitos? Aunque, como bien puede observarse, se altera así el orden expositivo seguido en el epígrafe anterior, la inversión se justifica porque, de este modo, podrá comprenderse con mayor facilidad la conclusión a la que más adelante se llegará.

4.2. La subrogación corresponde únicamente al fiador que sea gestor del negocio del deudor

Según se sabe también, porque ya se ha dicho en el primer epígrafe de este trabajo, es *communis opinio* en nuestra doctrina la de que la subrogación compete a *todo* garante personal. Los argumentos que se han solido esgrimir para sostener esta idea son fundamentalmente los tres siguientes⁶¹: primero, que el artículo 1839 CC se refiere, sin mayores precisiones y sin discriminación de ningún tipo, al fiador que paga; segundo, que la actitud del deudor respecto de la obligación fideiusoria no puede eliminar el interés que en el cumplimiento tiene el garante (art. 1210.3º CC); y, tercero, que la subrogación a favor de este no empeora la situación del deudor, quien, tras el cambio de acreedor, sigue obligado a lo mismo.

Pues bien, como fácilmente habrá intuido el lector, en nuestro criterio, tal solución es incorrecta: la subrogación, al igual que la acción de reembolso, compete únicamente al fiador que ostente la condición de gestor, contractual o cuasicontractual, del negocio del deudor, y no, por el contrario, al que hubiese salido como tal obviando su veto (fiador *prohibente debitoris*) o con el fin de administrar su propio y egoísta interés (fiador *in rem suam*). A continuación se relacionan los argumentos que sustentan esta tesis, aunque se hará un esfuerzo de síntesis a fin de ganar en claridad expositiva:

1. El primero, lógicamente, es de índole sistemática: si, según se ha revelado, el artículo 1838 CC regula un derecho de reembolso en favor exclusivamente del fiador que haya salido como tal por mandato del deudor o en calidad de gestor oficioso de su interés, la interpretación integrada de ambas normas lleva ineludiblemente a concluir que el legislador ha de tener *in mente* al mismo tipo de garante en el artículo 1839 (que es complemento del anterior). Pues ya se ha razonado, con respecto a aquel fiador que no tiene cabida en el primer precepto, que ha sido pretensión de nuestro Código la de relegarlo a la vía secundaria y subordinada del artículo 1158.III, de forma que sería *un completo contrasentido* el que ahora decidiera favorecerlo (y premiarlo) con los privilegios y garantías

⁶⁰ CARRASCO PERERA, 2022, pp. 348, 350 y 356; MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 515, 518 y 516. *Vid.* asimismo STS 30 diciembre 2015 (FJ 8.º; RJ 2015/6437).

⁶¹ MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 416 a 420; GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218; Díez-PICAZO, 2008, p. 510; GIL RODRÍGUEZ Y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 332; REYES LÓPEZ, 2016, p. 1145.

que rodeaban al crédito pagado (con “*los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*”). *Sensu inverso*, el hecho de que la mayor parte de la doctrina española no discrimine y asigne el remedio subrogatorio a todo fiador, sean cuales sean las circunstancias que hayan rodeado su intervención, no puede sorprender en tanto es una solución coherente con la, también normalmente indiscriminada, asignación que se hace a todo fiador de la acción regulada en el artículo 1838.

2. El segundo es un argumento específicamente aplicable a los supuestos de fianza prestada contra la prohibición del deudor: piénsese que si, en ellos, se concediera al garante el beneficio de la subrogación, se le estaría permitiendo la entrada en una esfera jurídica de la que sin embargo ha quedado excluido en virtud de aquel veto; es decir, resultaría absolutamente contradictorio que, blindando como blindó el legislador el ámbito jurídico privativo del obligado, se autorizase al garante a inmiscuirse en él *oblicuamente* en virtud de la subrogación, ya que a su través tendría acceso, por ejemplo, a las garantías reales prestadas por el deudor en seguridad de la deuda (art. 1212). Pero entiéndase bien: no es que la oposición del deudor impida el acceso del fiador únicamente a estas últimas, sino que la imposibilidad se extiende también a las otorgadas por terceros, pues, en la medida en que son meros accesorios de la deuda principal, ha de reputarse razón bastante para vedar el paso al garante *solvens* la sola voluntad contraria del *dominus negotii*, del mismo modo que la aprobación del obligado al pago por parte de un tercero deja a este franco el acceso a todas ellas (*cf.* art. 1210.2.º)⁶². Vistas así las cosas, ¿cabe en verdad afirmar que la subrogación no empeora *para nada* la situación del deudor? Tal empeoramiento es aún más evidente en caso de que se defienda la idea de que el subrogado puede reclamar los intereses remuneratorios o moratorios que el crédito siga generando tras la *solutio*, ya que de este modo se estaría forzando al deudor a abonar al fiador un concepto que el legislador ha querido negarle al expulsarle del ámbito del artículo 1838 y relegarlo al del 1158.III CC.
3. La tercera razón atañe al fiador *in rem suam*: como se ha dicho antes, el garante que se ofreció por propio interés o, lo que es igual, para gestionar negocios que solo a él incumben, puede, si paga, dirigirse contra el deudor por la vía del artículo 1158.III, y así, por ejemplo, cuando los socios mayoritarios que aseguren la deuda financiera de la persona jurídica la abonen en su lugar (siempre y cuando no haya abuso de la personalidad). Sin embargo, sería completamente inicuo que terminaran por desplazar más severamente el riesgo de insolvencia de la sociedad hacia los acreedores de esta en su exclusivo provecho, lo que ocurriría si, en virtud del fenómeno subrogatorio, tuviesen acceso, por ejemplo, al carácter privilegiado del crédito saldado o a las cauciones reales prestadas sobre activos de aquella que lo acompañen; *inequidad que salta a la vista en cuanto no hay aquí administración de asuntos ajenos, sino exclusivamente de un interés propio o egoísta* encarnado en la sociedad, razón por la cual el legislador solo consiente

⁶² *Vid.* GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 114.

También CARRASCO PERERA, 2022, p. 343, afirma que el fiador que prestó la garantía contra la voluntad del deudor no se subroga por el camino del artículo 1839, si bien considera que, como este remedio funciona al modo de una acción autónoma de la de reembolso, respecto de los terceros garantes no rige aquella regla de exclusión, pues, para tales sujetos (ajenos a la relación fideusoria), “es indiferente si el tercero que paga lo hizo con o contra el consentimiento del deudor principal” (p. 360).

que repitan el enriquecimiento generado en favor de esta *ex* artículo 1158.III CC en gracia al dogma de la separación de patrimonios, *pero nada más*⁶³.

4. El último, en fin, es un contraargumento frente a la invocación del artículo 1210.3.º como sustento en favor de la indiscriminada subrogación de *todo* fiador *solvens*, pues aunque esta norma concede tal beneficio a *todo* tercer interesado en el cumplimiento de la obligación -y el fiador, desde luego, lo es-, la misma tiene un alcance general que debe ser objeto de delimitación ulterior por medio de las reglas especiales pertinentes y, en nuestro particular caso, por las existentes en sede de fianza; así, comoquiera que de ellas se colige nítidamente que el fiador *prohibente debitore* y el que lo sea *in rem suam* son fiadores *sin perspectivas de subrogación*, la interpretación sistemática del 1210.3.º descarta aquella pretendida aplicación indiscriminada⁶⁴. Téngase en cuenta que, en consecuencia, este tipo de garantes nunca podrían invocar el artículo 1852 CC para liberarse de su obligación so pretexto de perjuicio a la vía subrogatoria por parte del acreedor, puesto que para ellos esta última es intransitable.

La subrogación prevista en el artículo 1839 CC tiene un carácter automático u *ope legis*, de suerte que, para que el fiador (gestor) pueda disfrutar de ella, no es necesaria la concurrente voluntad del acreedor. Ello es así no obstante lo dispuesto en el artículo 1210, el cual se limita literalmente a “presumir” el efecto subrogatorio en las hipótesis que enumera, entre las que se encuentra, según se acaba de señalar, la del *solvens* que “*tenga interés en el cumplimiento de la obligación*”, pues, a decir de la doctrina y del Tribunal

⁶³ GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 115. Cosa distinta será que, de ser varios los socios fiadores, el *solvens* pueda regresar contra los restantes en tanto quepa apreciar una asunción conjunta de la fianza (es decir, una “cofianza”) y de los riesgos que su prestación comporta (art. 1844 CC).

⁶⁴ Con la expresión “*interés en el cumplimiento de la obligación*”, el artículo 1210.3.º CC quiere aludir a todo aquel sujeto que tenga un mayor o menor grado de vinculación, directa o indirecta, con la obligación de cuyo pago se trata, de manera que, sin ser el deudor principal o único deudor principal, el acreedor pueda agredir su patrimonio a resultas del incumplimiento de la citada obligación (GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 87 a 89). Que este sea el significado atribuible a la transcrita proposición es cosa que se colige, ya de una interpretación lógica, ya de una interpretación sistemática, ya de los antecedentes históricos de la norma. En cuanto a lo primero, porque el último inciso del precepto (“*salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda*”) solo podría venir referido a quien ostenta alguna participación en la relación jurídica obligatoria; y, así, muy especialmente, al codeudor solidario (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 833). En cuanto a lo segundo, porque la norma es, en la mente del legislador, complemento del artículo 1158, en cuyo primer párrafo se establece una amplia legitimación para proceder al pago: puede hacerlo “*cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación*”; en este caso, la locución quiere aclarar que puede proceder a la *solutio* no solo el sujeto que muestre algún grado de responsabilidad respecto del débito, sino, igualmente, cualquier extraño: lo primero va de suyo, ya que el interés “es siempre la medida de la acción; podrá, pues, pagar el fiador” (GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 128), en su glosa al art. 1099 del proyecto, a lo que añadía que el fiador *solvens* “quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117”). En cuanto a lo tercero, porque abstracción hecha de las hipótesis de pago por acreedor pospuesto y de *solutio* por tercero extraño con la aprobación del deudor, los restantes supuestos de subrogación *ex lege* que relacionaba el artículo 1117 del proyecto de 1851 atañían a individuos que presentaban esa especial vinculación con el débito: no solo se subrogaban automáticamente el deudor solidario y el fiador (apartado 3.º), sino también el “*heredero que admite la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma*” (número 4.º), el “*que adquirió un inmueble y paga a cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior a su adquisición*” (número 5.º) y el “*poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas*” (número 6.º). Es probable que los redactores del Código estimasen abarcar todas estas hipótesis con la proposición a la que nos referimos (“*cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación*”), de forma que la mención expresa de los demás casos contemplados en aquel artículo 1117 se considerara innecesaria.

Supremo, se trata de una norma que se expresa con escasa propiedad: lo que enumera, realmente, son supuestos de subrogación *legal* en tanto en cuanto carece de sentido hacerla depender de la voluntad del titular del crédito, y porque los efectos -como es el subrogatorio- se producen o no, pero no se presumen. Por tanto, “[n]o 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” (STS 3 febrero 2009⁶⁵).

Ahora, sabido es que junto a aquella el Código civil contempla asimismo una subrogación convencional, en virtud de la cual el pagador que no esté incluido en ninguna de las hipótesis previstas en el 1210 puede acceder a los privilegios y garantías del crédito saldado mediante acuerdo con el acreedor (art. 1209). ¿Podrían el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* obtener por este otro camino la subrogación “*en todos los derechos del acreedor*” que en principio les está vedada?

A este respecto, conviene tener presente que el efecto subrogatorio constituye un *beneficio* o un “*premio*” que el legislador concede a quien pague una deuda ajena en determinadas hipótesis, puesto que a su través le permite el empleo de las garantías y privilegios que acompañaban al crédito pagado -y que deberían haberse extinguido con el pago: art. 1156 CC- poniendo su derecho de regreso al resguardo de la insolvencia del deudor en directo perjuicio de otros individuos, como, por ejemplo, los garantes personales, los hipotecantes por débito ajeno, otros acreedores del obligado, etc. Precisamente por tal razón el Código no prescribe la subrogación a todo trance y para cualquier supuesto de pago por tercero, sino que la limita a contadas y tasadas hipótesis: en la medida en que al legislador no le es posible controlar los motivos que guían su intervención, se cuida muy mucho de anudar esta consecuencia a todo caso de pago por tercero y, por el contrario, la constriñe a aquellos en los que constata la existencia de alguna razón objetiva para concederla, como puede serlo, verbigracia, el interés en el cumplimiento de la obligación o la aprobación a la *solutio* por parte del deudor. Tal y como decía GARCÍA GOYENA en relación a los supuestos de pago ignorado por el obligado y realizado por individuo sin especial relación con el débito, la solución contraria sería injusta, pues supondría que incluso “un tercero malicioso o vengativo” tendría “derecho para subrogarse en los privilegios, hipotecas y facultad del acreedor para el apremio personal”. Sin embargo, “la ley fomenta los sentimientos generosos, no los ruines y rencorosos”. La conclusión va de suyo: quien paga con el desconocimiento del obligado “ni se subroga por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni puede compeler a este a que le subroge”. La única vía que resta a este *solvens* para acceder a los adminículos del crédito liquidado es el pacto con el acreedor, porque, si bien a la ley no le es dado prescribir la atribución automática del beneficio, el acreedor es libre en subrogarle⁶⁶.

⁶⁵ RJ 2009/1361.

Esta interpretación es acorde con los precedentes, pues el artículo 1117 del proyecto isabelino, en el que se contemplaban similares supuestos de subrogación, decía que, en ellos, había lugar a tal efecto jurídico “*por disposición de la ley*”; las diferencias de redacción observables entre este precepto y el 1210 CC deben reputarse simples correcciones estilísticas o formales, “salvo si se conociese la existencia segura de una ruptura o cambio de criterio en el momento de redacción final del Código civil. No es este el caso. Esta interpretación histórica tiene mayor fuerza si se recuerda que, según la Ley de Bases del Código de 11 mayo 1888, el Anteproyecto de 1851 debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el Código civil, como fuente obligada del mismo” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, 1991, p. 34).

⁶⁶ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, pp. 128, 129 y 142. Señala literalmente que el caso de la subrogación convencional es “el previsto en el párrafo 3 del artículo 1099, según el cual, si un tercero paga ignorándolo

Pues bien, esa misma inquietud que manifestara el autor del proyecto isabelino puede detectarse en el tenor literal del artículo 1159 CC. Su redacción, muy próxima a las transcritas palabras de GARCÍA GOYENA, revela esa “autorrestricción” de la ley para imponer la subrogación en tanto que consecuencia jurídica inescindible del pago realizado por tercero. Pero el precepto, al tiempo, abre la puerta a la subrogación convencional: este beneficio no puede concederse *ministerio legis* a quien pague en la ignorancia del obligado, pero sí le cabe al *solvens* obtenerlo si el acreedor lo quiere también, es decir, si llega a un acuerdo con él⁶⁷.

Nótese que, desde esta perspectiva, el artículo 1159 nada añade al régimen general establecido en sede de subrogación por el resto de preceptos concordantes: si el tercero tiene interés en el cumplimiento y paga al acreedor, se produce la subrogación legal en su posición jurídica (art. 1210.3.º); mientras que, si el deudor ignora el pago del tercero no interesado en el cumplimiento, no se produce dicha subrogación automática, ya que lógicamente no habrá mediado aprobación por su parte (art. 1210.2.º), razón por la cual se le relega a la vía de la subrogación convencional, es decir, al eventual pacto celebrado con el acreedor. Sin embargo, esta interpretación deja al artículo 1159 CC vacío de contenido normativo y acaba por convertirlo en una norma superflua que nada añade a lo ya dispuesto en aquellas otras. Ocurre, no obstante, que, en nuestra opinión, este artículo sí satisface una misión específica, consistente, ni más ni menos, en *delimitar la eficacia de la subrogación convencional*: lo que en él quiere significar el legislador es que los pactos celebrados a este respecto entre *solvens* y acreedor son absolutamente eficaces cuando el pago se haya realizado en la ignorancia del deudor, es decir, cuando el tercero haya actuado en calidad de gestor oficioso del interés de este, pero que le son inoponibles cuando se haya efectuado con su oposición. Dicho con mayor precisión: lo que la norma prescribe es que *la subrogación convencional es procedente, válida y eficaz siempre que el tercero solvens ostente la condición de gestor, pero no cuando haya intervenido en contra de la voluntad del obligado o para atender su exclusivo y egoísta interés* (con *animus depraedandi*)⁶⁸. De donde se colige que el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* no podrían eludir por este oblicuo camino su exclusión de la subrogación automática o legal *ex* artículos 1158.III, 1838 y 1839 CC, ya que cualquier convenio celebrado con el titular del crédito en ese sentido es inoponible, ya al deudor, ya a los terceros, “*sean fiadores o poseedores de las hipotecas*” (art. 1212)⁶⁹.

el deudor, no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar o le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre en subrogarle; si tal hace, la subrogación ha de ser expresa y simultánea al pago”.

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, 1991, p. 37.

⁶⁸ *Vid.* GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 70 y 72. ALBALADEJO, 2011, p. 348, también niega la operatividad de la subrogación convencional en caso de pago con la oposición del deudor (pues para su eficacia, dice, no es necesario el consentimiento de este, pero sí “su oposición expresa”), conclusión que extrae de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1158 CC.

⁶⁹ La excepcional pervivencia de las garantías y privilegios que comporta el fenómeno subrogatorio (a la vista de la regla general contenida en el art. 1156 CC) solo tiene sentido cuando el *solvens* muestre una actitud colaboradora tanto con el acreedor como, principalmente, con el deudor, y, en esta dirección, resulta de todo punto lógico que, cuando actúe con su oposición o en interés egoísta, se le niegue el acceso a los accesorios del crédito pagado como forma complementaria de blindar la esfera jurídica del obligado (violada por el pagador), de la que forman parte las cauciones prestadas por terceros (en tanto son simple añadido de la obligación, negocio que lo es solo del deudor). Frente a esto siempre cabría decir que el tercero podría haber pactado la cesión del crédito, a la que habría acompañado la transmisión “*de todos los derechos accesorios*” (art. 1528 CC); pero para ello debería recabarse previamente el consentimiento del acreedor y que, además, este se hallase dispuesto a asumir la responsabilidad prevista en el artículo 1529 CC. En definitiva, otro régimen jurídic

4.3. ¿Unidad o duplicidad de vías? Naturaleza de la subrogación

A pesar de que el Código, según se ha visto, solo conceda una vía específica de reparación -con derecho a plena indemnidad- al fiador *solvens* que sea verdadero gestor del interés del deudor y, por tanto, de modo restrictivo, es lo cierto que, en la práctica, esta se ha visto ampliamente superada -diríase que eclipsada- por la subrogación. Hasta tal punto es así, que, en numerosas ocasiones, la acción subrogatoria se presenta por jurisprudencia y doctrina como el remedio “natural” del que goza el garante para paliar la pérdida patrimonial sufrida a raíz del pago de la deuda afianzada, remedio que además suele reconocerse a *todo* fiador con independencia de cuáles sean sus circunstancias y condiciones personales.

Algo tiene que ver en ello, desde luego, la asistemática interpretación que suele acometerse de las normas concernidas, pero también la contundente letra del artículo 1212 CC, en el que se dispone claramente que, en los supuestos en que proceda la subrogación, el crédito pagado por el tercero subsiste; entonces, prescribiendo el artículo 1839 este efecto en sede de fianza, doctrina y jurisprudencia llegan natural y generalizadamente a la conclusión de que todo garante *solvens* adquiere de forma automática la titularidad del crédito asegurado tras el pago.

Que la subrogación no compete a todo fiador *solvens*, pues debe entenderse que queda excluido el que salió como tal contra el veto del deudor o para gestionar su egoísta interés, es cosa que ya se ha dicho y argumentado. Lo que a continuación corresponde preguntarse es cómo se articulan la acción de reembolso y la subrogación que el legislador adjudica al fiador que sea auténtico gestor del interés del deudor.

Según se ha indicado más arriba, las opciones barajadas al respecto son múltiples y estas, al forzarle con carácter general a escoger entre una u otra vía, o bien pecan por defecto, como cuando le imponen el ejercicio de la acción de reembolso si es que quiere obtener un completo resarcimiento de los perjuicios seguidos de su intercesión pero renunciado, al tiempo, a las cauciones y privilegios a los que podría acceder por medio de la subrogación, o bien lo hacen por exceso, como cuando postulan que, de hacer valer el fiador la vía subrogatoria, tendrá derecho a reclamar no solo el principal, sino también los intereses remuneratorios y moratorios que genere el crédito pagado tras la *solutio*. De este modo, se ha sostenido, incluso, que el pacto de un determinado interés entre deudor y fiador (en cuanto al crédito de reembolso, se sobreentiende) no impide que este último (salvo prueba de voluntad en contrario) se subroga en el interés remuneratorio más alto pactado en el crédito en que se subroga⁷⁰, ni que pueda reclamar el abono de unos intereses moratorios más altos que los legales cuando así se hubiesen estipulado respecto del crédito saldado: en lo que hace a los moratorios devengados antes del pago del fiador, este los podrá reclamar en tanto que integran el crédito objeto de subrogación, pero se añade que también podrá exigir los que se generen a partir del pago del garante. Pues si la subrogación no supone la extinción de la obligación del deudor ni del correlativo crédito del acreedor asegurado, se seguirán devengando intereses moratorios hasta tanto aquel no pague a su nuevo acreedor, que es el fiador, y ello sin necesidad de que el subrogado vuelva a constituir en mora al deudor⁷¹. Aún más: si el fiador hubiese pagado

⁷⁰ CARRASCO PERERA, 2022, p. 350.

⁷¹ MONSERRAT VALERO, 2017, p. 518; SAP Navarra 14 abril 2003 (JUR\2003\166580); SAP Valencia 30 noviembre 2011 (JUR\2012\47223).

después de que el acreedor hubiese obtenido sentencia condenatoria contra el obligado, podrá reclamar los intereses de la mora procesal previstos en el artículo 576.1 LEC, los cuales habrán comenzado a generarse a partir de ese instante⁷². O sea, esta particular interpretación permite en última instancia al garante obtener, gracias a la subrogación en el crédito pagado, *incluso más de aquello que en principio le competiría en vía de regreso*: si no tiene la condición de gestor, porque podrá reclamar, en contra de las previsiones del artículo 1158.III CC, no solo la mera restitución del enriquecimiento propiciado al deudor, sino también los intereses remuneratorios y moratorios generados por el crédito en el que se ha subrogado (pues recuérdese que, frente a lo aquí sostenido, doctrina y jurisprudencia reconocen la subrogación a *todo* fiador); y si la tiene, porque podría eventualmente reclamar intereses *por encima de la medida establecida en el artículo 1838 CC*: el fiador podría reclamar el abono de los remuneratorios y moratorios devengados por el crédito en el que se subroga aun cuando fueran superiores a los legales marcados en aquella norma. Extraño resultado, este último, no solo en perspectiva sistemática, sino en la del propio artículo 1839 CC, en el que expresamente se dice que, si el fiador ha transigido con el acreedor, *no podrá pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado*.

En nuestra opinión, el problema en el que se entretienen jurisprudencia y doctrina es, sin embargo, un falso dilema, pues la subrogación no supone, pese a la literalidad del artículo 1212 CC, una excepción al efecto extintivo que, de acuerdo con el artículo 1156 CC, conlleva todo pago, sino que, tal y como sugiere el artículo 1839, lo que hay en realidad es una mera subsistencia de los adminículos que acompañaban al crédito pagado y extinto como consecuencia de la *solutio*. O sea, en los supuestos de pago por el fiador, lo que hay en realidad es un derecho de reembolso (un derecho de crédito *nuevo*) mediante el que aquel puede reclamar al deudor el abono de las partidas previstas en el artículo 1838 CC, derecho al que no obstante se adicionan, para facilitar y asegurar su satisfacción, “*los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*” (art. 1839), esto es, las garantías personales y reales y los privilegios de los que viniera provisto⁷³.

Se es consciente de que esta tesis, aun cuando sí condice con el tenor literal del 1839, contraviene el del 1212. Pero existen argumentos sistemáticos que demuestran que hay que saltar por encima de la *errónea* letra de una norma que ni procede de nuestro Derecho histórico (no existía en el Proyecto de 1851), ni tiene parangón en el Derecho comparado, y que fue incluida por vez primera de manera sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888⁷⁴. Tales argumentos sistemáticos son los siguientes:

⁷² CARRASCO PERERA, 2022, p. 356; MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 515 y 516. En coherencia con este planteamiento, y aun aceptando la diferente naturaleza jurídica de las acciones reguladas en los artículos 1838 y 1839 CC, este último autor ha defendido la posibilidad de su ejercicio acumulado y en un mismo procedimiento con el objeto de colmar diferentes pretensiones: el *solvens* podría ejercitar la acción de reembolso para obtener la indemnización por los conceptos que aparecen en el artículo 1838 y que no podría obtener si hiciera uso de la subrogación (p. ej., daños y perjuicios), mientras que a través de esta última podría reclamar los intereses que devenga el crédito del acreedor, los cuales pueden ser superiores a los intereses legales de la cantidad pagada a este *ex* artículo 1838.2º CC (MONSERRAT VALERO, 2017, p. 554).

⁷³ Manejan esta noción de la subrogación FERNÁNDEZ VILLA, 1999, pp. 249 y ss.; CAÑIZARES LASO, 1996, pp. 76 y ss.; GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 45 y ss.; CAPILLA RONCERO, 1995, p. 6384 (aunque este último autor solo la defiende en relación a la subrogación *ex parte debitoris* prevista en el art. 1211 CC).

⁷⁴ FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 253.

Explica este autor que el artículo 1212 CC fue tomado muy probablemente del 1255 del Anteproyecto belga de LAURENT, en el que se disponía que “*La subrogation conventionnelle ou légale transporte au subrogé la créance avec tous les droits qui y sont attachés; elle a effect, tant contre le débiteur, que contre les tiers, tels que les cautions et les tiers détenteurs*”. Por su parte, los redactores del Anteproyecto de 1882-1888 lo

1. El primero se extrae del artículo 1213 CC⁷⁵, precepto que establece que, en los casos en que el acreedor haya aceptado un pago parcial, puede ejercitar “*su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud*” de dicho pago incompleto. Y es que, si se considera que lo que ocurre en estos supuestos, de acuerdo con un entendimiento literal del artículo 1212, es una división del crédito entre el acreedor y el tercero pagador, *la norma produce un llamativo y paradójico resultado en aquellas hipótesis en las que, precisamente, el crédito esté desprovisto de toda garantía o privilegio. ¿Por qué? Pues porque, en ese caso, el tercero subrogado que concurra con el acreedor sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocupará siempre peor posición que aquel solvens que jamás hubiera podido subrogarse por no cumplir los requisitos exigidos por el Código para gozar de semejante beneficio: así, por ejemplo, el tercero que pagó con la aprobación del deudor (art. 1210.2º) quedaría supeditado, en caso de insolvencia de este, al preferente cobro por parte del acreedor de su crédito parcialmente subsistente; mientras que el tercero que pagó en la ignorancia del deudor, al carecer del beneficio de la subrogación, cobraría *junto al acreedor y a prorrata con él* sobre el insuficiente patrimonio del obligado, de conformidad con la regla de la *par conditio*. ¿Y cómo puede ser que el tercero *solvens* a quien el legislador deseaba favorecer con un *beneficio* (el de la subrogación) acabe perjudicado por su concesión (y por comparación a quien, según su criterio, ¡no lo merece!)? Lo absurdo de la conclusión demuestra que nada de esto es así o, dicho de otro modo, que nada de esto sucede, *por la sencilla razón que la subrogación no lo es en el crédito* (que se ha extinguido por el pago: art. 1156), *sino solo y exclusivamente en los privilegios y garantías* que lo acompañan, razón por la cual, si estos no existen, el tercero que pagó con la aprobación del deudor deberá ser tratado, en la hipótesis que ha servido de ejemplo, igual que quien lo hizo en su ignorancia cobrando a prorrata junto al acreedor.*

Aún más: vistas las cosas desde esta perspectiva, el principio *nemo subrogat contra se* que el artículo 1213 intenta reflejar⁷⁶ tiene pleno sentido, pues el

llevaron a su artículo 1229 con el siguiente tenor: “*La subrogación transfiere 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*”. Por tanto, con una letra coincidente con la del artículo 1212 CC. Precisa asimismo FERNÁNDEZ VILLA que el artículo 1229 del Anteproyecto estaba encuadrado en la sección dedicada a la novación como modo de extinción de las obligaciones, en tanto que los restantes artículos dedicados a la subrogación (1226 a 1230) procedían todos del Proyecto de 1851 -en el que no existía artículo alguno equivalente al actual 1212- “que, a su vez, los había tomado del *Code civil*, en el que tampoco aparece norma jurídica alguna que pueda compararse con este artículo 1212 de nuestro Código. Al parecer, los autores del Anteproyecto de 1882-1888, decantándose por una de las tesis de la época, importaron el precepto del único sitio en el que se había positivado, el Anteproyecto belga de LAURENT, y lo hicieron, así, sin más, sin analizar mínimamente si el artículo que importaban cuadraba con los restantes que lo iban a acompañar en la regulación de la subrogación” (pp. 253 y 254). *Vid.*, en el mismo sentido, CAÑIZARES LASO, 1996, pp. 76 y 77.

No obstante, aclara CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 271 a 274, que lo que LAURENT realmente sostenía era que el pago extinguía la deuda y que, por tanto, solo por una ficción cabía entender subsistentes por razones de equidad, para su traslado en favor del tercero *solvens*, todos aquellos derechos y garantías que le dotaran de cierta seguridad en orden a la recuperación de lo pagado.

⁷⁵ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 51 a 53.

⁷⁶ Según indicara GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143, en relación al artículo 1121 del proyecto isabelino, cuya redacción (salvo alguna coma) apenas difiere de la del 1213 CC: “*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*”.

acreedor parcialmente satisfecho es quien disfrutaba desde un inicio y en primera instancia de los privilegios y las garantías que rodeaban al crédito. Resulta, por tanto, lógico que pueda hacer uso de ellos para cobrarse el resto con preferencia al *solvens* que pagó parcialmente la deuda, ya que le protegían de una posible situación de insolvencia del deudor, se prestaron en su favor y han de satisfacer tal función *incluso frente al subrogado*. Esto supone que, si concurriesen como únicos acreedores privilegiados estos dos sujetos y el patrimonio del deudor fuese insuficiente para satisfacer a ambos íntegramente, el acreedor debería ser preferentemente pagado al *solvens*⁷⁷. Pero ello, a diferencia del caso anterior, no implica ningún trato discriminatorio por comparación al tercero pagador sin derecho a subrogación, pues este, por supuesto, debe padecer asimismo e irremediamente el privilegio en cuestión.

2. En la misma dirección apunta el artículo 1211 CC y su norma de desarrollo, es decir, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Nótese que el supuesto de hecho de aquel precepto nada tiene que ver con las hipótesis de pago por tercero, porque en él lo que se contempla es un *pago materializado por el propio deudor* con el dinero obtenido mediante préstamo celebrado con otro acreedor en condiciones más ventajosas - se presupone- que los de la deuda originaria. Esto es, la única razón por la que el legislador regula en esta sede la subrogación *ex parte debitoris* es porque, en ella, al igual que en los casos de satisfacción del débito por tercero, se producen idénticas consecuencias. Que en el artículo 1211 la subrogación no supone efectiva adquisición del crédito saldado por el prestamista se deduce tanto del hecho de ser el propio deudor quien realiza el pago como del dato de que, disponiendo de su propio crédito *ex mutuo*, lo único que interesa al nuevo acreedor es la ventaja que, para su cobro, le proporciona la hipoteca que adornaba al ahora extinguido con el rango que ostente; así, el gravamen que protegía a la primera deuda no se extingue al ser pagada por el deudor, sino que perdura en beneficio del prestamista y en perjuicio de terceros, como, por ejemplo, de aquellos acreedores hipotecarios que deberían ser preferentes al segundo prestamista, pero que por efecto de la norma, ven cómo el último en llegar ocupa la posición del primer acreedor⁷⁸.

⁷⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143.

⁷⁸ CAPILLA RONCERO, 1995, p. 6384.

La conclusión viene corroborada por los precedentes del artículo 1211 CC. Según señala VITERI ZUBIA (2013, pp. 248 a 252), el precepto procede del originario 1250 del *Code*, el cual, a su vez, se inspiró en un edicto de Enrique IV de Francia del año 1609, titulado “*Declaration du Roy portant pouvoir de succeder aux hypothèques des anciens creanciers, sans cession d’iceaux*”, y que, con ocasión de una bajada generalizada en los tipos de interés, trató de facilitar y promover la subrogación de todos aquellos prestamistas que estuviesen dispuestos a conceder un interés más bajo, en cuyo caso el primitivo acreedor debía cederles las *garantías* que tuviese en su poder. En consecuencia el texto hablaba, en todo momento y únicamente, de la sucesión en las antiguas hipotecas y privilegios en beneficio de los nuevos prestamistas, pero nunca de la subrogación en el derecho de crédito mismo del acreedor originario satisfecho con el dinero prestado: que esto fuera así resultaba “muy lógico, pues, si lo que se pretendía era una reducción generalizada de los tipos de interés al 6,25%, mal se produciría esta reducción si la subrogación se entendiese como subrogación en el derecho de crédito mismo, pues este devengaba intereses al 8,33%. Lo que se pretendía era que los derechos de crédito antiguos, que devengaban intereses al 8,33% se cancelaran por derechos de crédito nuevos, al tipo del 6,25%, pero contando este nuevo derecho de crédito con todos los privilegios y garantías con los que contaba el antiguo derecho de crédito. Subrogación, por tanto, solo en los privilegios y garantías, y subrogación, además, sin cesión ni transferencia, porque no es una transmisión derivativa de estos derechos que realiza su titular, el acreedor originario, sino una sucesión

Como se sugería, la misma idea cabe colegir de la Ley 2/1994, ya que, de la lectura de su articulado, se sigue que el objetivo de la norma es únicamente el de facilitar la comunicación de la garantía hipotecaria del primitivo crédito a aquel del que deviene titular la nueva entidad prestamista como consecuencia del contrato de mutuo celebrado con el deudor. Más concretamente, de su artículo 2 se deriva que lo que este último acuerda con la nueva entidad financiera es un “*nuevo préstamo hipotecario*” (*vid.* su párrafo segundo) que, aunque limitado en cuanto a su posible contenido, pues solo puede diferir del antiguo en el tipo de interés pactado (tanto ordinario como de demora) como en el plazo (art. 4.1), nada tiene que ver con el que le precede: este desaparece como consecuencia del pago que, aunque materializado por el acreedor subrogado, se efectúa con dinero que pertenece al deudor por virtud del nuevo contrato de mutuo celebrado con él⁷⁹. Pero no se trata solo de eso: que la Ley en cuestión reconozca que la subrogación no lo es en el crédito y sí solo en la hipoteca se deduce asimismo del tipo de asiento escogido para dejar constancia registral de aquella, puesto que el cauce elegido no es el de la inscripción, como si de la cesión de un crédito hipotecario se tratara (art. 149 LH), sino el de la *nota marginal*. El artículo 5 de la Ley 2/1994 prevé que la subrogación no surtirá efecto contra tercero hasta tanto no se haga constar en el Registro al margen de la inscripción de la hipoteca el nuevo contrato de préstamo con indicación de “*la persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor*” y “*las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos*”⁸⁰.

3. El tercer argumento en pro de la tesis sostenida acerca de la naturaleza de la subrogación tiene que ver con su ubicación sistemática, pues no sin motivo, y contra lo que podría parecer acaso “natural”, viene contemplada por nuestro Código, no en sede de pago, sino en sede de novación, la cual conforma otra de las causas de extinción de las obligaciones a tenor del artículo 1156 CC: en efecto, si se tiene en cuenta que la subrogación presenta la particularidad de dejar subsistentes los privilegios y garantías que rodeaban al crédito pagado para adornar el que une al *solvens* con el deudor, cobra toda lógica su inserción en los artículos 1203 a 1213 en vez de en los 1157 a 1171, ya que, aun cuando a la subrogación preceda siempre un pago (bien lo realice el deudor -art. 1211-, bien un tercero -art. 1210-), existe entre este medio extintivo y la novación una diferencia esencial: mientras el pago supone la extinción *absoluta* del vínculo obligatorio primitivo, la novación se caracteriza por serlo tan solo *relativamente*, al crear como consecuencia, tras de sí, otra relación jurídica dispar. Vistas las cosas desde esta perspectiva, cabe aseverar que la subrogación reúne los requisitos propios de toda novación *propia* o *extintiva*: “una obligación previa entre el acreedor primitivo y el deudor que se extingue como consecuencia del pago (*prior obligatio*) y una obligación nueva entre el deudor y el tercero (*nova obligatio*) que deriva directa o indirectamente de aquella (pues se constituye *per relationem* con ella⁸¹) y a la que se comunican las garantías y los privilegios de la primera, pero

legal en unos derechos ya existentes, un cambio de titularidad dispuesto por la propia ley, sin concurso alguno de la voluntad de su antiguo titular” (FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 264).

⁷⁹ VITERI ZUBIA, 2013, pp. 254 y 255; CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 266 y 267.

⁸⁰ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 267.

⁸¹ Como indica FERNÁNDEZ VILLA, 1999, p. 325, el derecho de reembolso del *solvens*, aunque autónomo e independiente del que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, viene a sustituirlo en alguna forma,

con la que presenta una notable diferencia, consistente en el cambio de acreedor (aquí se hallaría el *aliquid novi*). Existe, así, una interrelación entre ambas obligaciones que, a nuestro juicio, acerca enormemente la figura al ámbito de la novación, de la que solo difiere en el alcance de sus efectos: mientras que la novación opera por lo general la extinción de la obligación principal y la de las accesorias que le acompañan (art. 1207 CC), la subrogación exceptúa [...] el principio de accesoriedad por lo que hace a la desaparición de estas últimas (art. 1212 CC)⁸². Queda explicado, así, por qué el Código se limita a apuntar a la subrogación como uno de los posibles efectos que derivan del pago en la sección dedicada a este, relegando sin embargo su regulación detallada a los artículos 1209 y siguientes, y por qué el artículo 1207 establece que, cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, “*solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*”: lo que la norma quiere decir, llanamente, es que, en los casos de novación, las garantías u “obligaciones accesorias” que acompañaban a la antigua obligación se esfuman con ella por regla general, *a no ser que aprovechen a terceros que no hayan consentido su desaparición*; ¿y cuáles pueden ser esos terceros que “aprovechen” las garantías y demás obligaciones accesorias? Pues no son otros, claro está, que aquellos que se hayan hecho merecedores del beneficio de la subrogación al pagar la deuda ajena⁸³.

4. En fin, repárese, como argumento de refuerzo, en que, si el ordenamiento ya adjudica al tercero que paga en nombre del deudor un derecho de reembolso a fin de paliar el empobrecimiento que tal intervención le ha causado (o un derecho de repetición que le permite reclamar de aquel la utilidad patrimonial que le haya proporcionado), ningún sentido tiene atribuirle, además, un crédito complementario que, en principio, debería reputarse extinto (*ex arts. 1156 y 1158.I CC*); de este, lo único que interesa al tercero es la seguridad que, en orden al cobro de su *propio* crédito, pueden reportarle las garantías y privilegios que lo

hallándose vinculado a él, hasta el punto de que si este, por el motivo que fuese, no existiera, aquel tampoco llegaría a nacer.

⁸² CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 268 y 269. Añade la autora en ese mismo lugar a modo de síntesis que subrogación y novación “comparten la misma *esencia* y encierran un característico efecto extintivo-constitutivo que no puede predicarse del pago ni, en general, de ningún otro medio extintivo”, razón por la cual el legislador decidió, muy probablemente, unificar su regulación y dar así cumplimiento a la tarea que le encomendaba la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988: “se simplificarán los modos de extinguirse las obligaciones, *reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente*, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición”.

⁸³ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 270 y 271 y 293 a 302.

En palabras de la autora, “solo hay unos *terceros* (que verdaderamente lo son respecto de la obligación novada) a los que *aprovecha* la subsistencia de las obligaciones accesorias: aquellos que, [...] por efecto de la *subrogación*, deseen conservar sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba al primer acreedor la primitiva obligación. Dicho de otro modo, *quienes, al amparo de los artículos 1210.1 y 1211 CC, se subroguen en los derechos del acreedor originario*. Claro es que el acreedor que paga a otro preferente o quien presta dinero al deudor a fin de subrogarse en los derechos de su acreedor a lo que aspira precisamente es a ocupar la posición preferente de este y a utilizar para sí las *obligaciones accesorias* que concurren en su favor.

Entendido de esta forma el precepto, su misión consistiría, entonces, en refrendar la excepción que en materia de accesoriedad contempla el artículo 1212 CC para el cambio de acreedor por vía subrogatoria: si bien la obligación principal se extingue por efecto del pago, las accesorias a ella subsistirán en garantía de la nueva obligación y *conservarán la preferencia que les daba la primitiva* [...] siempre que aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento a la extinción, o sea, precisamente a quienes pasan a ocupar la posición activa en la *nova obligatio*” (p. 301).

acompañaban; en síntesis, la privilegiada posición que ocupara el acreedor originario. El razonamiento se aparece en su entera dimensión cuando se cae en la cuenta de que, en nuestro Código, puede existir perfectamente derecho de regreso sin subrogación, pero no fenómeno subrogatorio sin derecho de regreso⁸⁴.

En definitiva, por medio de la subrogación el legislador introduce una excepción al principio de accesoriedad de las garantías (que no al del efecto extintivo del pago), mediante la cual permite, por razones de equidad, que aquellas que fueron establecidas para la seguridad de un determinado crédito pasen a respaldar otro distinto. Y es que mientras no se adivinan cuáles son las razones que podrían llevar al legislador a reconocer un pago no extintivo en sede de subrogación (puesto que, al contar con el suyo propio, nada aporta al *solvens* un crédito de otro acreedor, como no sea la ventaja de ocupar su privilegiada posición), sí las hay, por el contrario, según se ha podido comprobar, para excepcionar dicho principio de accesoriedad⁸⁵. Pues de lo que se trata en resumidas cuentas es, no de sanar el quebranto patrimonial que el tercero haya sufrido como consecuencia del pago de una obligación ajena, sino de reforzar y asegurar la satisfacción del derecho de regreso (*recte*: de *reembolso*) que sirve a tal fin. Así, atendidos los intereses en presencia, el legislador pergeña un mecanismo que si, de un lado, ofrece cierta tranquilidad y seguridad a los terceros que garantizan deudas ajenas, de otro, sirve de acicate para procurar su más rápida liquidación. La subrogación es un “premio” que, por eso mismo, solo es adjudicado por el ordenamiento al *solvens* que reúna determinadas condiciones, ya que el anormal desplazamiento del riesgo de insolvencia hacia otros sujetos que la subrogación comporta (sea mediante el acceso a las garantías constituidas en favor del acreedor, sea mediante el acceso al privilegio propio del crédito extinto) únicamente encuentra plena justificación en ciertas circunstancias: el pago, en principio, ha de producir la desaparición de los derechos “*anexos*” y la preferencia para el cobro que estos llevan implícita, luego no cualquier *solvens*, aunque ostente la cualidad de fiador, merece que subsistan en su beneficio y no en cualquier caso “*puede presumirse*” el efecto subrogatorio, sino solo en los supuestos “*expresamente mencionados en este Código*” (art. 1209 CC)⁸⁶.

⁸⁴ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 57 y 58. En esta misma dirección, VATTIER FUENZALIDA, *RDP*, 1985, p. 493; BONDÍA ROMÁN, 1993, p. 995; y DEL OLMO GARCÍA, 1998, pp. 279 y 280.

⁸⁵ CASTELLANOS CÁMARA, 2020, p. 276.

⁸⁶ GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 64. Fuera del CC, no obstante, también pueden encontrarse otros ejemplos de esta excepcional subsistencia de las garantías tras el pago de la deuda asegurada y la extinción del correlativo derecho de crédito impuesta por el legislador por razones de equidad. Tal es el caso del artículo 118.II LH cuando regula el supuesto de venta de finca hipotecada, pues, a su tenor, “[s]i no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”. De forma que, si es el vendedor quien finalmente satisface la deuda -una deuda que, nótese bien, en ningún momento ha dejado de ser *suya*-, se prescribe la subsistencia en su favor del gravamen hipotecario al objeto de reforzar el derecho de reintegro que tiene frente al comprador por el importe retenido o descontado del precio de compra. Y el único motivo por el que el legislador podría establecer esta solución reside, claro está, en la equidad: de lo que se trata es de que el vendedor pueda obtener del comprador con mayor seguridad una efectiva reparación del empobrecimiento que ha sufrido por razón del descuento. Pero se insiste: lo que hay en el artículo 118.II LH es únicamente una *subrogación en la hipoteca*, no en el crédito asegurado que quedó extinto a consecuencia del pago del mismo por parte de quien era su deudor; de modo tal que, tras este, el crédito garantizado por el gravamen real *pasa a ser otro distinto*: el derecho de reintegro del que es titular el vendedor frente al comprador por el importe retenido o descontado (GALICIA AIZPURUA, 2006, p. 92).

Otro tanto de lo mismo sucede en la subasta de inmuebles seguida a raíz de un procedimiento de apremio a tenor de lo establecido en los artículos 666.1, 669.2 y 670.5 LEC, conforme a los cuales, quien resulte

De esta solución no se sigue perjuicio alguno para los terceros garantes ni para los restantes acreedores del deudor: en primer lugar, porque estos habrían tenido que soportar igualmente las garantías y los privilegios en cuestión aun cuando el sujeto que se subroga no hubiese intervenido; y, en segundo lugar, porque el subrogado solo podrá hacer uso de los derechos anexos en la misma medida y por el mismo tiempo en que los hubiera podido emplear el acreedor satisfecho: la injerencia del tercero jamás podría alterar su posición, y así lo sugiere, como no podía ser de otro modo, el artículo 1211 CC⁸⁷. Aún más: si el acreedor se hubiese conformado con una cantidad menor a la debida (o prestación de inferior valor), serán los terceros garantes, los restantes acreedores del deudor y este mismo los que quedarán beneficiados con la rebaja, porque, siendo la subrogación mero refuerzo y complemento del derecho de regreso, no podría el *solvens* esgrimirla para enriquecerse a su costa. *Esto es precisamente lo que quiere significar el párrafo segundo del artículo 1839 CC*: si el fiador-gestor transige con el acreedor al momento del pago, no podrá pedir del deudor, ni de los otros garantes personales, *más de lo que realmente haya pagado*, ni emplear las garantías reales o, en su caso, los privilegios más que en esa extensión. O sea: si la acción de reembolso del fiador-gestor *ex* artículo 1838 CC es objetivamente más extensa que el crédito pagado, el exceso podrá ser reclamado obviamente por el tercero, pero sin garantía ni privilegio especial; si es menor, únicamente podrá utilizar los accesorios en tal medida. Por idéntica razón, si bien la deuda afianzada ya no seguirá sujeta a plazo de prescripción una vez el fiador haya pagado (pues se ha extinguido), este solo podrá hacer uso de los accesorios en refuerzo de su crédito de regreso durante el plazo de prescripción que reste a aquella.

Recuérdese que el garante personal *in rem suam* y el que salió *prohibente debitore* no tienen en ningún caso derecho de subrogación y que solo disponen del residual remedio consistente en la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 CC. Por otra parte, si el fiador-gestor avaló únicamente a uno de los varios deudores solidarios, dispondrá de derecho de reembolso frente a todos (frente al afianzado por el art. 1838;

adjudicatario del bien “habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos”, minorándose su importe de su avalúo. Pues esta solución no comporta una asunción legal por parte de dicho adjudicatario de la deuda asegurada con el gravamen anterior, para la que debería mediar (sí o sí) el consentimiento del acreedor garantizado (*vid.* arts. 1205 CC y 118.I LH). O sea: en ningún caso existe alteración de la responsabilidad personal del deudor, que sigue siendo el (único) sujeto obligado (CASTELLANOS CÁMARA, 2020, pp. 254 y 255). Ahora, si es él quien finalmente acaba pagando la deuda, tendrá frente al adjudicatario un derecho de crédito por el importe descontado del valor de tasación del bien ejecutado a fin de corregir el enriquecimiento que, de otro modo, este obtendría injustamente a costa de su patrimonio, *con derecho de subrogación en la garantía* (argumento *ex* arts. 118.II LH, 231 RH y 1210.3º CC). En cambio, si quien paga al acreedor garantizado preferente al objeto de evitar la ejecución de la garantía ante el incumplimiento del deudor es el adjudicatario, nada podrá repetir contra el obligado, puesto que en nada le habrá enriquecido mediante el pago de tal deuda, a pesar de ser ajena (GALICIA AIZPURUA, 2021a, pp. 228 y 229, nota 54).

⁸⁷ Los requisitos exigidos por esta norma para que pueda tener lugar la subrogación *ex parte debitoris* (constancia del nuevo préstamo en escritura pública, consignación en ella del propósito de su concesión, etc.) tienen por objeto evitar el perjuicio a los acreedores con privilegios o hipotecas posteriores, quienes, al producirse la subsistencia de la hipoteca originaria no obstante el pago del crédito asegurado, van a ver frustrada la posibilidad de avanzar en el rango de la suya propia. Y es que “[p]odría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero de otro para este objeto, y hacer la subrogación *para defraudar a los acreedores posteriores*: los requisitos de haber de constar el préstamo y 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 estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor*” (GARCÍA GOYENA, 1852, t. III, p. 143, en la glosa al art. 1120; énfasis añadido).

frente a los demás, por los arts. 1158 y 1893 CC), pero solo disfrutará del beneficio de la subrogación frente al primero, puesto que respecto de los restantes, de los que no salió como fiador (y por los que por ende no responde), no es más que un simple gestor oficioso sin derecho a subrogación legal (art. 1159 CC); es dudoso, incluso, que pueda acceder a los accesorios mediante pacto con el acreedor, cuando menos si paga (que será lo normal) con el objeto de satisfacer su obligación fideusoria, ya que para él este es un pago *debido*⁸⁸.

4.4. Extensión de la subrogación

La extensión y los efectos de la subrogación del fiador-gestor *solvens* deben calibrarse conforme a la naturaleza de la figura y, en este punto, lo primero que conviene precisar es que podrá emplear en su favor las otras cauciones concurrentes *en toda su plenitud*, sea que hayan sido otorgadas por el mismo deudor, sea por terceros; sea que tengan naturaleza personal, sea real; sea que se hayan constituido antes de la fianza, sea después. Ello es así no solo porque el artículo 1212 CC lo ordene literalmente, sino también porque, a través de la subrogación, el legislador opera una distribución del riesgo de insolvencia del deudor entre los diferentes terceros que hayan asegurado la obligación *por separado* y sin asumir conjuntamente esa función de garantía: quien en primer término pague al acreedor hace méritos para adquirir el abrigo que, respecto al peligro de insuficiencia patrimonial del deudor, suponen las citadas garantías, luego, en cierta manera, depende de su actitud el que puedan acceder a ellas con prioridad a cualesquiera otros sujetos. De ahí que el Código no discrimine el acceso a las concurrentes cauciones por parte del *solvens* ni en función de su respectiva naturaleza, ni en función de su fecha de constitución, y de ahí que tampoco ordene un reparto interno de la deuda entre los distintos cogarantes (p. ej., en proporción al montante de su respectiva garantía en relación al total del crédito)⁸⁹.

Con mayor concreción, cabe realizar las siguientes especificaciones en lo que hace a los derechos “anexos” respecto de los cuales puede operar la subrogación:

1. En lo que atañe a las garantías reales, no hay ninguna duda de que el fiador-gestor *solvens* se subrogará en la hipoteca, subrogación que se hará constar en el Registro de la Propiedad por medio de nota marginal, siempre que acredite el pago (así como su condición de garante-gestor) de forma fehaciente. Que este sea el asiento adecuado a tales efectos se deduce, según se ha indicado antes, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, pero también de lo establecido en el artículo 659.3 LEC para los casos de subrogación por pago de un acreedor posterior al ejecutante cuando dicho pago tenga lugar dentro de un procedimiento de apremio (a cuyo fin se exige

⁸⁸ La cuestión arriba planteada ha sido discutida por la doctrina: *vid.* una exposición de las diferentes tesis en GUILARTE ZAPATERO, 1979, pp. 222 y 223.

⁸⁹ GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 120 y 121. Se manifiesta de acuerdo con esta solución CASTILLA BAREA 2013, p. 12628.

Como arriba se ha indicado, se habla siempre de sujetos que se comprometieron por separado como garantes, asumiendo individualmente el riesgo de que el deudor garantizado resulte finalmente insolvente, por lo que carecerán de derecho de recobro entre sí. En cambio, si en el negocio de constitución de las respectivas cauciones, cualquiera que fuese su naturaleza, los garantes plasmaron la voluntad de compartir aquel riesgo, existirá entre ellos un derecho de regreso *pro parte*: esto es lo que dispone precisamente el artículo 1844 CC para la cofianza. Sobre el régimen de este derecho de regreso y de la subrogación en las hipótesis de cofianza, *vid.* GALICIA AIZPURUA, 2006, pp. 124 a 132.

presentación en el Registro acta notarial de entrega de las cantidades correspondientes o, en su caso, mandamiento expedido por el Letrado de la Administración de Justicia). En cambio, ha de considerarse impertinente la vía del artículo 149 LH, ya que no hay aquí, por ningún lado, cesión del crédito hipotecario, extinto tras el pago⁹⁰.

También hay por supuesto subrogación en la hipoteca mobiliaria, en la prenda (sea sin desplazamiento de la posesión, sea posesoria), en la reserva de dominio (siempre que se trate de la constituida conforme a las exigencias de la LVPBM de 1998⁹¹) y en la anticresis. En lo que a la prenda posesoria respecta, debe entenderse que el acreedor originario está obligado a entregar la cosa al fiador o a legitimarle para que pueda tomar el control posesorio sobre ella cuando se encuentre en manos de un tercero designado como su depositario, sin necesidad de previa autorización del pignorante⁹².

2. Además de en las garantías personales y reales, el fiador *solvens* se subrogará en los privilegios del crédito pagado, aunque provengan simplemente de su fecha (arts. 1924.3.º, 1926.2.ª, 1927.2.ª y 3.ª y 1929 CC). Con todo, es dudosa la posibilidad de acceso a los privilegios adjudicados legalmente al crédito pagado en consideración a la persona de su titular, como acontece con los créditos salariales y los públicos. Pues si, de un lado, negar la comunicabilidad de tal preferencia contraría en algún modo el fundamento de la subrogación, que no es otro que el de facilitar la pronta liquidación de las deudas y premiar a aquellos terceros, garantes o no, que cooperen con deudor y acreedor mediante el expediente de reforzar su derecho de regreso, de otro, el artículo 310.2 TRLC constituye un argumento de peso en sentido contrario: la norma ciñe la posibilidad de subrogación en el privilegio salarial exclusivamente al FOGASA, en tanto que aquel que pudiera corresponder por retenciones tributarias o de seguridad social y el general por créditos de derecho público queda limitado al *solvens* que ostente la condición de organismo público. La única forma de superar este escollo positivo consistiría en apelar al carácter de norma especial del artículo 310.2 TRLC y considerarlo entonces una excepción concursal.
3. ¿*Quid* en los casos de subrogación por pago parcial del artículo 1213 CC? Recuérdese que, en ellos, el acreedor parcialmente satisfecho tiene preferencia para cobrarse con cargo a la garantía o al privilegio frente al fiador, ya que *nemo subrogat contra se*. Esto significa, en lo tocante a las otras garantías personales susceptibles de subrogación, que, en caso de ejecución universal o singular del garante que haya pasado a serlo tanto del acreedor no pagado íntegramente como del fiador *solvens*, aquel deberá cobrar con prioridad a este (para lo que, en su

⁹⁰ Sin embargo, quienes defienden que el crédito hipotecario subsiste por mor de la subrogación consideran que el cauce oportuno es el del 149 LH: MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 520 a 532; CARRASCO PERERA, 2022, p. 356.

⁹¹ Pues, en nuestra opinión, esta reserva tiene la naturaleza y consistencia propias de una garantía pignoraticia, mientras que la pactada al margen de dicha Ley no es más que una mera titularidad fiduciaria inadmisibles dentro de nuestro ordenamiento, ya por inexistencia de causa de la obligación (arts. 1261.3.º y 1274 CC) asumida por el fiduciante-comprador (es decir, de inexistencia de causa del sacrificio patrimonial asumido por este), ya por conculcación de la prohibición de pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC); y otro tanto de lo mismo cabe aseverar del dominio fiduciario que se reserva la arrendadora financiera en el contrato de leasing (*vid.* GALICIA AIZPURUA, 2014, *passim*; y 2021b, pp. 69 a 71).

⁹² RUBIO GARRIDO, 1997, p. 161.

caso, habrá de interponer tercería de mejor derecho). Y lo mismo puede decirse *mutatis mutandis* de los privilegios, los cuales podrán ser hechos valer preferentemente por el acreedor asegurado. En cuanto a las garantías reales, no se observa impedimento técnico alguno para proceder al fraccionamiento de la hipoteca inmobiliaria⁹³, no tanto porque el principio de indivisibilidad que preside su régimen no sea una característica institucional de la figura, sino porque ni siquiera entra aquí en juego: no hay en estos casos de subrogación parcial cancelación superficiaria, es decir, cancelación de la hipoteca con respecto a una parte de la finca gravada (que es lo prohibido por los arts. 1860 CC, 122 y 125 LH), sino cancelación del gravamen en lo que hace a la cuantía inicialmente asegurada y satisfecha por el tercero con subrogación de este en aquella. Sin embargo, la hipoteca originaria seguirá asegurando íntegra e indivisiblemente sobre la totalidad del inmueble o inmuebles gravados el resto de la obligación en favor del *accipiens*. Parece, además, que toda situación de cotitularidad, atendidos los inconvenientes que acarrea, ha de eludirse en la medida de lo posible. Ahora bien, supuesta la “división” de la hipoteca (en el sentido expuesto) entre el acreedor originario y el tercero pagador, la del primero ostentará, por prescripción del artículo 1213, *preferente rango* respecto a la del segundo y, así, a efectos de ejecución de ambas cauciones (*vid.* arts. 666 y 674.2 LEC). En cualquier caso, la hipoteca del subrogado será prioritaria a todas las inscritas con posterioridad a la del acreedor en parte pagado, quedando solo subordinada a la propia de este y a la de los acreedores hipotecarios anteriores. Lo mismo cabe sostener para la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (art. 2 LHMPSD) e incluso para la prenda posesoria⁹⁴.

4. Obviamente, comoquiera que la subrogación no comporta la subsistencia del crédito pagado a pesar de la letra del artículo 1212 CC, aquella no alcanza a los intereses remuneratorios o moratorios que el mismo hubiese podido hipotéticamente generar tras el pago por el fiador, ya que se extinguió una vez efectuado (art. 1156 CC), de suerte que, si el garante hubiese realizado desembolsos por tales conceptos, pasarán a engrosar su derecho de reembolso. Y, por idéntica razón, tampoco abarcará los derechos potestativos inherentes a la posición jurídica del acreedor originario, a la que jamás se accede en virtud de la subrogación; es decir, el *solvens* no podría ejercitar, por ejemplo, la acción de resolución del artículo 1124 CC para así reclamar la restitución de la prestación originalmente realizada por el acreedor garantizado⁹⁵, ni tampoco las acciones paulianas o subrogatorias que competían a este último⁹⁶: las ostentará como propias en tanto se certifique perjuicio a su singular crédito de regreso. En fin, tampoco existe subrogación en las acciones cambiarias del acreedor cuando el fiador garantiza extracambiariamente el pago de una letra por el aceptante⁹⁷, ni

⁹³ De modo que tras el pago parcial haya dos distintas: la originaria, que continuará garantizando el crédito afianzado en la porción en que este subsista, y otra segunda, que vendrá a reforzar el crédito de regreso del fiador subrogado.

⁹⁴ Sobre la posibilidad de constitución de prendas posesorias sucesivas y el régimen de coexistencia entre ellas, *vid.* GALICIA AIZPURUA, 2021a, pp. 268 a 273.

⁹⁵ Defienden sin embargo esta posibilidad CARRASCO PERERA, 2022, pp. 356 y, con dudas, MONSERRAT VALERO, 2017, pp. 532 a 537.

⁹⁶ *Cfr.* la opinión contraria de GUILARTE ZAPATERO, 1979, p. 218.

⁹⁷ Pero no solo porque el crédito pagado no sea un crédito cambiario (SSTS 3 junio 2002 [RJ 2002/4723] y 11 junio 1984 [RJ 1984/3227]), sino también por razón de la naturaleza de la figura.

sustitución en el título ejecutivo del acreedor pagado⁹⁸, ni sucesión en el proceso ni en la acción ejecutiva ya ejercitada⁹⁹, pues la pretensión del *solvens* es por completo extraña a la de aquel, ora en su fundamento, ora en su extensión¹⁰⁰. Luego deberá recuperar el pago en un proceso nuevo con base en su título de reembolso y en el que podrá hacer valer los adminículos del crédito pagado con la extensión y el alcance recién descritos.

En cualquier caso, pesa sobre el acreedor la carga de colaborar con el fiador *solvens* para que este pueda efectivamente utilizar en su favor los privilegios y garantías del crédito extinto tras el pago y así, por ejemplo, entregarle la posesión en que consista la prenda o concurrir con él al otorgamiento de la escritura que permita hacer constar registralmente la subrogación en la hipoteca o en cualquier otra garantía registral. El incumplimiento de esta carga constituye un “perjuicio en la subrogación” en el sentido del artículo 1852 CC, de modo que el fiador podrá reclamar la restitución del pago hecho en la medida en que la conducta del acreedor haya dañado sus posibilidades de regreso¹⁰¹.

5. CONCLUSIONES

1. El derecho de reembolso del artículo 1838 y el beneficio de la subrogación previsto en el artículo 1839 competen *exclusivamente* al fiador que ostente la cualidad de gestor del interés del deudor, sea porque salió por su mandato, sea porque lo hizo en su ignorancia y en calidad de *negotiorum gestor*. En cambio, el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* no gozan ni de uno ni de otro derecho: únicamente disponen frente al deudor de la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 CC.
2. El fiador-gestor *solvens*, siempre que haya gestionado diligentemente el negocio del deudor, no solo tiene derecho a salir plenamente indemne de su intercesión, estando este obligado a resarcir su *entero empobrecimiento*, sino que además puede utilizar a tal fin las garantías y privilegios que acompañaban al crédito pagado, es decir, puede “aprovechar” (art. 1207 CC) esos adminículos en su propio beneficio dentro de los límites cuantitativos de tal crédito. Sin embargo, el fiador *prohibente debitore* y el fiador *in rem suam* solo pueden reclamar del obligado *la restitución del enriquecimiento que hayan generado en su patrimonio*, y no la pérdida que su intervención les haya irrogado; además, claro está, de que no tienen acceso a los adminículos del crédito saldado ni aun por la vía de la subrogación convencional (art. 1159).

⁹⁸ Cfr., sin embargo, SAP Girona 23 febrero 1999 (AC 1999/350); SAP Islas Baleares 16 mayo 2001 (JUR\2001\244847); SAP Salamanca 28 enero 2002 (JUR\2002\74542).

⁹⁹ Cfr. SAP Navarra 27 enero 1999 (AC\1999\3021).

Además de no condecir con la naturaleza jurídica de la subrogación, la admisión de la sucesión procesal del fiador *solvens* en la ejecución incoada por el acreedor genera indefensión en el ejecutado, pues pueden existir causas de oposición oponibles exclusivamente al nuevo ejecutante, es decir, al garante: así lo denuncia el AAP Madrid 5 mayo 2000 (AC\2000\2007), en el que se menciona, a modo de ejemplo, la excepción de pluspetición que concurriría en las hipótesis de cofianza, ya que, en ellas, la ejecución se despacharía siempre por una cantidad superior a la correspondiente al cofiador que pagó. Es cierto que el deudor tiene siempre a su disposición la vía del procedimiento declarativo posterior para reclamar (*vid.* art. 564 LEC y la opinión de CARRASCO PERERA, 2022, p. 373), pero no se ve por qué razón habría de soportar semejante carga.

¹⁰⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ VILLA, 1999, pp. 484 y ss.

¹⁰¹ CARRASCO PERERA, 2022, p. 373.

3. El fenómeno subrogatorio, a pesar de la letra del artículo 1212 CC (norma extraña introducida de forma sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888), no comporta la subsistencia del crédito pagado, puesto que así lo demuestran los antecedentes históricos, la ubicación sistemática de la figura y una interpretación armónica y conjunta de las normas concernidas. Por tanto, el fiador-gestor *solvens* no dispone de dos vías para recuperar lo pagado, sino de una sola: la acción de reembolso del artículo 1838 ataviada con las garantías y privilegios en los que se haya subrogado¹⁰². Tal y como afirma la STS 25 mayo 2012¹⁰³, el fiador, “una vez cumple la prestación debida por su afianzado, está facultado *ex lege* para recuperar, en vía de regreso, lo que haya pagado. Dispone para ello de la acción de reembolso por la cantidad total de la deuda, en cuyo ejercicio el artículo 1839 del Código Civil -en relación con los artículos 1210, regla tercera, y 1838, regla primera, del mismo texto legal- le favorece, al mandar que sea considerado como subrogado *en la posición del acreedor satisfecho, con el fin de permitirle que se beneficie de la antigüedad del crédito garantizado y de sus privilegios, preferencias y garantías*”¹⁰⁴.

III. CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REGRESO DEL FIADOR *SOLVENS*

1. EL ARTÍCULO 263.2 TRLC Y LA NATURALEZA DE LA SUBROGACIÓN

Tal y como se ha indicado en el primer epígrafe de este trabajo, se ha querido ver, en ocasiones, en el tratamiento concursal del crédito de regreso del fiador *solvens* un reflejo de la tesis “dualista”, al considerar que el propósito del artículo 263.2 TRLC (antiguo 87.6 LC) sería el de evitar que un fiador especialmente relacionado con el deudor concursado *ex* artículos 281.5.º, 282 y 283 TRLC que pagara al acreedor afianzado (ordinario o privilegiado) tras la declaración de concurso pudiera eludir, mediante el ejercicio de la vía subrogatoria prevista en el artículo 1839 CC, la posición subordinada que en el procedimiento colectivo le corresponde en función de tales normas. Esto es lo que el dicho artículo concursal querría significar -se afirma- cuando ordena a la administración concursal que, una vez realizado el pago por el fiador del crédito insinuado en el concurso, “*con subrogación [...] en la posición jurídica del acreedor afianzado*”, proceda a su “reclasificación”, a cuyo fin habrá de optar por aquella que sea de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor y al fiador. Dicho de otro modo: caso de que la clasificación adjudicable *per relationem* al garante personal sea diferente a la del acreedor asegurado, la administración deberá decantarse, tras la *solutio* del fiador, por aquella que, de entre ambas, revista un menor grado dentro de la escala establecida para los créditos concursales, fragmentada, según se sabe, entre créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados (art. 269 TRLC).

¹⁰² Esta tesis “monista” en cuanto al modo de articulación entre regreso y subrogación es defendida en la actualidad por un cada vez más nutrido grupo de autores, aunque es necesario advertir que son muy variadas las formas de entenderla, y por ello difieren en muchos aspectos de la postura aquí defendida: MANRESA Y NAVARRO, 1973, pp. 420 y 421 (con apoyo en la similar opinión de PUIG BRUTAU); REYES LÓPEZ, *ADC*, 1988, p. 220 (si bien la autora parece haber cambiado posteriormente de opinión: 2016, p. 1148); ALONSO SÁNCHEZ, 1993, pp. 28 a 33; LACRUZ BERDEJO, 2005, pp. 333 y 334; CASTILLA BAREA, 2013, p. 12613; GIL RODRÍGUEZ y KARRERA EGIALDE, 2014, p. 334; CARRASCO PERERA, 2022, p. 348. Parece también compartir esta tesis, aunque no se pronuncia con contundencia, MONSERRAT VALERO, 2017, p. 557.

¹⁰³ RJ 2012/6543.

¹⁰⁴ Énfasis añadido.

Un ejemplo de esta tesis lo proporciona la SAP Murcia 30 enero 2020¹⁰⁵ cuando asevera que, en la normativa concursal, “[d]e forma específica se contempla que si el acreedor posterior es una persona especial relacionada con el concurso, se debe optar la calificación menos gravosa para el concurso entre el acreedor inicial y el posterior. Así ocurre en casos de que el fiador sea una persona especialmente relacionada con el concursado: si paga al acreedor principal y hace valer su derecho al reembolso al amparo del artículo 1838 CC (acción de reembolso), no podrá evitar la calificación que legalmente le corresponde de conformidad con el artículo 92.5º LC [actual 281.5º TRLC]. Y si comunica su crédito en cuanto subrogado en la posición y derecho que ocupaba el acreedor principal, por mérito de la subrogación operada *ex* artículo 1839 CC (que le convierte en titular del mismo crédito, con todas sus garantías y derechos accesorios), interviene el art. 87.6 LC [actual 263.2 TRLC] impidiendo que la subrogación produzca, en el ámbito concursal, el efecto que reconoce la Ley sustantiva civil, e imponiendo así, a la postre, la calificación que corresponde a ese nuevo titular conforme a la aplicación del régimen concursal”.

Conviene advertir que el supuesto de hecho de esta resolución venía referido a un préstamo hipotecario concedido por una entidad financiera a una sociedad mercantil que fue afianzado, entre otros sujetos, por dos socios que eran partícipes en su capital social en una proporción superior al 10%. Iniciado proceso de ejecución por el acreedor, los socios, que seguían ostentando dicha participación, adquirieron el crédito mediante cesión celebrada con él. Al declararse poco después el concurso de la mercantil, la administración concursal incluyó en la lista de acreedores el crédito adquirido por los socios con la calificación de subordinado, extremo que impugnaron: su tesis a este respecto se cifraba en que el crédito cedido, al estar garantizado con hipoteca, gozaba de privilegio especial, sin que la normativa concursal consintiera su subordinación en tanto en cuanto la fecha determinante para la calificación había de serlo la del nacimiento del crédito, siendo así, de un lado, que en ese instante no había relación alguna entre acreedor (entidad financiera) y deudor (sociedad mercantil) que la justificara y, de otro, que los cesionarios (los actores) ostentaban los mismos derechos que el cedente. La Audiencia concluyó, obviamente, que los impugnantes tenían la condición de personas especialmente relacionadas con el concursado, y que, no siendo acreedor concursal la entidad prestamista, sino los propios actores, el crédito necesariamente debía clasificarse por relación a ellos; en resumen, al ostentar aquella especial relación al instante del surgimiento de su posición acreedora (es decir, al momento de la cesión) no podía por menos que sostenerse su carácter subordinado. Pues bien, a juicio de la Sala, este resultado no podría eludirse ni aun por la vía del artículo 1839 CC, *al impedir la normativa concursal* (en el referido precepto: art. 87.6 LC -263.2 TRLC-) *que pudieran ejercitar el crédito privilegiado especial en el que se habrían subrogado a tenor de “la Ley sustantiva civil”*.

A estas alturas, el lector ya sabe que, en nuestra opinión, los fiadores del litigio no gozaban de ningún modo, *de acuerdo con la norma sustantiva civil*, del beneficio de la subrogación, pues, al serlo *in rem suam*, no estaban amparados por el artículo 1839 CC, sin que tampoco pudieran obtener la ventaja que representaba la hipoteca que garantizaba el préstamo a través de una sedicente “cesión” crediticia de todo punto equiparable a una

¹⁰⁵ JUR\2020\128830.

subrogación convencional al impedirlo el artículo 1159 CC¹⁰⁶. Aún más: aquellos ni siquiera disponían de la acción de reembolso del artículo 1838, sino exclusivamente de la de repetición del 1158.III CC, esto es, un crédito ordinario de extensión circunscrita al efectivo enriquecimiento insuflado a la mercantil deudora o, lo que es igual, ceñido a “*aquello en que le hubiera sido útil el pago*”, crédito que, en el ámbito concursal, había de calificarse incontestablemente como subordinado.

Mas sea lo que fuere de lo anterior, lo que ahora procede preguntarse es si la lectura de la Audiencia acerca del sentido de la regla de reclasificación *ex* artículo 263.2.II TRLC es correcta, en cuyo caso el legislador concursal estaría indicando -contra lo que hemos sostenido en páginas anteriores- que, en efecto, la subrogación del fiador *solvens* lo es en el crédito pagado; o si, por el contrario, es factible proponer una interpretación de la norma acorde con la (a nuestro entender) auténtica naturaleza del fenómeno subrogatorio, consistente en el simple “aprovechamiento” por parte del garante *solvens* de los accesorios del crédito saldado y extinto tras el pago al objeto de dotar de mayor seguridad a su propio crédito de reembolso frente al deudor.

Ciertamente, la letra del antiguo artículo 87.6 LC 2003 resultaba despistante a este respecto, puesto que, tras sentar la regla de reconocimiento del crédito asegurado que hoy también se lee en el artículo 263.2.I TRLC (“*Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*”), pasaba a establecer la de calificación menos gravosa (o conforme al grado inferior) una vez producida “*la subrogación por pago*” por parte del fiador. Sin embargo, esta redacción fue alterada deliberadamente (es de suponer) en el TRLC, que, nótese bien, ha cambiado el giro y ha pasado a establecer literalmente que la administración concursal procederá a la susodicha reclasificación “[*u*]na vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado”.

Leída con detenimiento, la norma contenida en el artículo 87.6 LC resultaba anfíbológica, pues si, de un lado, utilizaba en su primera parte el término “sustitución” en lugar de “subrogación” (vocablos que no son sinónimos en absoluto), de otro, al imponer la recalificación del crédito una vez acaecida la “subrogación por pago”, en alguna forma venía a contradecir la idea de que esta conlleve la subsistencia, tal cual, de la relación obligacional anterior; y es que si, por hipótesis, el fenómeno subrogatorio no supone alteración alguna en la misma, salvo en lo atinente a la titularidad del crédito, devenía tarea ardua comprender el sentido de aquella solución en la perspectiva de la tesis “dualista”; ¿no estaría, en verdad, el legislador concursal expresándose incorrectamente al aludir a la subrogación?; ¿no querría, antes bien, referirse al derecho de reembolso, un derecho nuevo y por ende (este sí) susceptible de nueva y distinta calificación?¹⁰⁷.

En nuestra opinión, todas estas dudas han quedado despejadas con la nueva redacción dada a la norma, pues lo que se dice ahora en ella, para evitar equívocos, no es que la reclasificación haya de realizarse “[*s*]iempre que se produzca la subrogación por pago”, sino “[*u*]na vez realizado el pago, con subrogación en la posición jurídica del acreedor afianzado”; es decir, lo que los redactores del Texto Refundido han querido dejar claro con este nuevo giro es que, cuando tenga lugar un pago postconcursal por parte del fiador,

¹⁰⁶ Recuérdese el sentido que en este trabajo se ha dado a dicho precepto: *vid.* epígrafe II.4.2.

¹⁰⁷ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADCo.*, 2018, p. 48.

lo que habrá es, no una subrogación en el crédito satisfecho, sino una *sustitución* del acreedor originario por el fiador en la masa pasiva (primer párrafo) con la consiguiente *subrogación* de este en la posición jurídica de aquel dentro del concurso (segundo párrafo). De ahí que la administración concursal deba proceder a sustituir al acreedor inicial e incluir en su lugar en la lista de acreedores *el crédito de reembolso o de repetición* que corresponda al garante *solvens*, aunque no con la calificación que le resultaría propia, sino con la que tenga inferior grado de entre las que competan a uno y otro sujeto; y de ahí también que dicho crédito de regreso *jamás pueda ser considerado como un crédito contra la masa*¹⁰⁸. En otras palabras: el precepto en cuestión no dice que el pago postconcurzal hecho por el fiador dé lugar a su subrogación en el crédito pagado, sino a su subrogación en la posición jurídica que el acreedor satisfecho ostentaba dentro del procedimiento concursal, con la consecuencia de que este (“*el titular del crédito*”) será “sustituido” en él por el garante. Todo ello, por supuesto, en coherencia con lo establecido en el artículo 310.2.2.º TRLC.

Ciertamente, el apartado primero de este precepto, cuando se ocupa de la posible sustitución del acreedor inicial y de la confección de la lista definitiva de acreedores, dice textualmente que tal cambio puede tener lugar, “*bien por adquisición del crédito, bien por subrogación en la titularidad del mismo*”. Sin embargo, la norma no constituye un contraargumento atendible, ya por su carácter incidental, ya porque no aborda específicamente la sustitución del acreedor inicial por el fiador *solvens*, la cual se regula en el ordinal tercero del apartado segundo de este artículo 310 TRLC. En cualquier caso, el valor hermenéutico conferible a esta locución aislada de la ley concursal (subrogación en la “*titularidad*” del crédito) *no podría ser distinto al que en este trabajo se ha asignado al artículo 1212 CC*.

Esta última idea también es extensible a la expresión “*sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*” utilizada por el párrafo primero del artículo 263.2 TRLC si es que la misma desea leerse en el sentido de “sustitución en la titularidad del crédito pagado” en lugar de ver en ella (como también es posible) un circunloquio utilizado por el redactor de la norma a fin de evitar la reiteración de la palabra “acreedor”.

En consecuencia, no existe, en nuestra opinión, contradicción entre el TRLC y el Código civil en lo que hace a la naturaleza del fenómeno subrogatorio, ni tampoco en lo que atañe a los remedios de los que dispone el garante personal *solvens* frente al deudor afianzado: el derecho que ejercita en el seno del concurso no es el crédito del que era titular el acreedor asegurado ya satisfecho (extinto por el pago), sino *su* propio derecho de reembolso *ex* artículo 1838 o *su* propio derecho de repetición *ex* artículo 1158.III CC, con subrogación, en el primer caso, en los privilegios y garantías del crédito pagado si fuera merecedor del beneficio previsto en el 1839 (en conexión con los 1207, 1210 y 1212). Ahora bien, que efectivamente pueda hacer uso de tales accesorios en el seno del concurso

¹⁰⁸ Es, por tanto, la propia norma concursal en análisis la que *expresamente* proscribiera semejante posibilidad, sin que sea en absoluto necesario (sino más bien erróneo) recurrir a la tesis “dualista” para desecharla, como hace la STS 16 enero 2020 (RJ 2020/814), en cuyo FJ 5.º se asevera que el pago postconcurzal del fiador “le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal”. Se muestra conforme con esta tesis jurisprudencial BLANCO GARCÍA-LOMAS, 2021, pp. 1769, 1770 y 1783; se hace eco de ella MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, 2021, p. 1408.

depende, además, en última instancia, de la regla de reclasificación contenida en el párrafo segundo del artículo 263.2 TRLC.

2. LA CLASIFICACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DE REGRESO DEL FIADOR SOLVENS

En realidad, si bien se observa, el sujeto en el que piensa preferentemente el artículo 263.2 TRLC es en el acreedor asegurado, pues es respecto de su crédito (afianzado) que dispone que será reconocido en el concurso por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de que la administración concursal proceda a su sustitución en caso de pago por el fiador. En el ínterin, según la jurisprudencia, el crédito de regreso del garante personal podrá ser insinuado como contingente (con las limitaciones enumeradas en el art. 261.3 TRLC), si bien su calificación no se efectuará hasta tanto no se ejecute la garantía¹⁰⁹.

Por tanto, es una vez satisfecha la deuda por el garante que ha de clasificarse su crédito conforme a las reglas legales, y más concretamente de acuerdo con lo establecido en los artículos 263.2 y 310.2.3.º TRLC, los cuales, recuérdese, imponen a la administración concursal la obligación de optar por aquella clasificación que tenga un inferior grado de entre las que correspondan a acreedor y fiador.

De acuerdo con esta idea, es obvio que la calificación de un crédito como subordinado, al ser más favorable para el resto de acreedores del deudor concursado que su calificación como ordinario, deberá reputarse “inferior” a esta última, del mismo modo que su calificación como ordinario será “inferior” a su calificación como privilegiado. En cualquier caso, esta “calificación de inferior grado” ha de decidirse entre las que competan al acreedor afianzado y al garante personal *solvens*, de forma que, *entendida la norma literalmente*, la disyuntiva se planteará siempre que la calificación del crédito asegurado, por un lado, y la del crédito de regreso del fiador, por otro, sean diferentes.

Esta parece ser la interpretación preferida por la jurisprudencia, que ha sostenido, por ejemplo, que, siendo el del acreedor un crédito ordinario, el del fiador habrá de calificarse como tal aunque su derecho de regreso goce de un privilegio general por tratarse de un ente público (Gobierno Vasco), pues si bien debe reconocerse en su favor en el concurso “el importe del crédito satisfecho y respecto del que se subroga”, su clasificación queda sujeta a la citada regla concursal: así, aun cuando no se discuta la calificación correspondiente a acreedor (ordinario) y fiador (privilegiado con privilegio general), comoquiera que, “[d]e entre estas dos clasificaciones, la menos gravosa para el concurso es la primera [...], en aplicación del artículo 87.6 LC, debía optarse por ella y clasificar el crédito del Gobierno Vasco de crédito ordinario” (STS 23 mayo 2018¹¹⁰). Del mismo modo, el crédito del fiador a recuperar lo pagado a la entidad prestamista antes de la declaración de concurso por los intereses derivados del préstamo, al tener la consideración de subordinado por razones objetivas (art. 92.3.º LC; art. 281.1.3.º TRLC), debe calificarse como tal aunque realmente aquel merezca la consideración de ordinario y forme parte de su derecho de reembolso *ex* artículo 1838 CC, ya que, por lo que hace a este particular extremo, esta última acción tiene (al parecer) un alcance subrogatorio (STS 25 mayo 2012¹¹¹). Esta tesis solo ha sido abandonada por el Alto Tribunal en relación a

¹⁰⁹ SSTS 8 junio 2020 (RJ 2020/1570) y 15 marzo 2022 (RJ 2022/1178).

¹¹⁰ RJ 2018/2138.

¹¹¹ RJ 2012/6543. Lo que literalmente afirma esta sentencia (FJ 11.º) es que la fiadora recurrente, “al cumplir la deuda de la prestataria, adquirió contra ésta el derecho a lo que establece el artículo 1838 CC.

las contragarantías concertadas entre fiador y deudor concursado a fin de asegurar el derecho de regreso del primero, pues, aun cuando en este caso difiera la calificación entre crédito satisfecho (ordinario) y crédito de reembolso (privilegiado con privilegio especial), comoquiera que tal divergencia no obedece ni a la naturaleza del crédito afianzado ni a la consideración subjetiva del fiador, sino a la contragarantía real (hipoteca) concertada entre ambas partes, la constitución de esta “no se debe ver afectada por la regla del artículo 87.6 LC”: “Esta garantía no cubría el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituyó por el deudor principal y a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza” (STS 8 junio 2020¹¹²).

Sin embargo, esta intelección literal de la norma no es, a nuestro juicio, acertada en la medida en que puede conducir a una *injustificada proscripción del beneficio de la subrogación* cuando el fiador-gestor realice un pago postconcurusal, ya que si, en efecto, este no tuvo la precaución de procurarse alguna contragarantía del deudor asegurado, cuando su crédito de reembolso tenga la consideración de ordinario perderá sistemáticamente y sin remedio alguno toda posibilidad de acceso a los privilegios generales o especiales de los que gozaba el acreedor satisfecho.

A este respecto, conviene tener presente que, en estas hipótesis, la diferente clasificación del crédito afianzado proviene de una cualidad *intrínseca* suya, cualidad (ya derive de una garantía real, ya de un privilegio) que bien pudo ser tomada en consideración por el fiador al instante de salir como tal por estimar que le proporcionaba suficiente abrigo (al modo de una “contragarantía”) en el ejercicio de su derecho de regreso frente al deudor. Vistas las cosas desde esta perspectiva, imponer al garante *solvens* la calificación de su crédito de reembolso como ordinario con pérdida, verbigracia, de la hipoteca otorgada por el deudor en seguridad del crédito afianzado con base únicamente en la literalidad del artículo 263.2 TRLC entrañaría una palmaria contradicción con la (lógica) excepción sentada por el Tribunal Supremo en la última de las resoluciones citadas y el sentido del artículo 1852 CC. Aún más cuando se repara en el hecho de que, de la subsistencia del privilegio, *no deriva perjuicio alguno para el resto de acreedores*; por el contrario, es su supresión lo que les conferiría una ventaja injusta¹¹³.

Pero en el ejercicio de la acción de reembolso “por la cantidad total de la deuda” se subrogó en la posición de la acreedora. Y, al haber sido declarada en concurso la deudora, su crédito a recuperar lo que pagó a la prestamista por los intereses derivados del préstamo, tiene la consideración de subordinado, por las razones objetivas y de origen que resultan de la regla tercera del artículo 92 de la Ley 22/2003 y han sido expuestas”.

¹¹² RJ 2020/1570.

La conclusión del TS parece haber sido refrendada por el nuevo artículo 492.2 TRLC introducido por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ya que en él se establece que, si bien el crédito de regreso del fiador ha de quedar afectado por la eventual exoneración del pasivo insatisfecho obtenida por el deudor concursado “*en las mismas condiciones que el crédito principal*”, habrá de ser tratado como crédito garantizado en caso de que goce de garantía real.

Apréciase, en cualquier caso, la incoherencia que la conclusión del Alto Tribunal guarda con su propia tesis acerca de la naturaleza de la subrogación y el sentido del artículo 263.2 TRLC: si por medio del pago postconcurusal el fiador no hace otra cosa que subrogarse en la titularidad del crédito pagado, ¿cómo se explica que para recuperar lo abonado por el deudor pueda ejecutar una garantía real por completo extraña a este? ¿No es (*vid.* nota 108) que el pago postconcurusal por el garante únicamente le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito concursal con base en el artículo 263.2 TRLC y que el hecho de gozar, no solo de la acción subrogatoria, sino también de la de reembolso, no supone que la obligación frente al deudor haya nacido con ese pago posterior a la declaración de concurso?

¹¹³ Tal y como apunta PERDICES HUETOS, 2005, pp. 97 y 98, “todo crédito ordinario tiene la posibilidad de convertirse en singularmente privilegiado si así se pacta antes de la apertura del concurso. Basta en ese sentido que acreedor y deudor así lo quieran y lo aseguren con una garantía real. Ante ello, el resto de

Es por ello que ha de compartirse la idea de que la regla de la reclasificación conforme al “inferior grado” debe reservarse para los supuestos en que la diferente calificación provenga de una cualidad *extrínseca* a ambos créditos que sea *indisponible* por los interesados y, más concretamente, para aquellas hipótesis en que, bien el acreedor, bien el fiador, ostenten la condición de acreedores subordinados por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor¹¹⁴. Así, aunque el fiador-gestor *solvens* merezca el beneficio de la subrogación y, por tanto, el aprovechamiento de los accesorios que acompañen al crédito pagado en refuerzo de su derecho de regreso conforme a lo establecido en los artículos 1839 y 1212 CC, no podrá hacer uso de los mismos en el seno del concurso si reviste aquella condición, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 302 TRLC¹¹⁵; y así será aunque el acreedor satisfecho sea efectivamente un acreedor privilegiado, pues la administración concursal, tras el pago por el fiador, habrá de optar por la clasificación de inferior grado de entre las correspondientes a ambos¹¹⁶. En este sentido, conviene destacar cómo nuestro Código Civil se encargó hace ya mucho tiempo de impedir el acceso a la subrogación a algunos de los sujetos enumerados en los artículos 282 y 283 TRLC por tratarse, en su caso, de fiadores *in rem suam*. Pero, ciertamente, esta solución no es enteramente coincidente con la de la Ley Concursal, ya por el círculo de personas afectadas (mucho más amplio en esta última), ya por el objetivo perseguido: lo que pretende el TRLC no es solo que los sujetos enumerados en los citados preceptos no tengan acceso a las garantías y privilegios del crédito afianzado, sino que, además, cobren su crédito de regreso en el concurso (ya se trate de verdadero reembolso -art. 1838 CC-, ya de mera repetición -art. 1158.III CC-) de forma postergada y en último lugar. Eso sí, el fundamento de la solución adoptada en uno y otro cuerpo legal es, en algunos supuestos, el mismo, a saber, evitar un injusto desplazamiento de la carga que representa la insolvencia del deudor desde aquellos acreedores que hayan ostentado un cierto grado de control sobre la conducta de este (los denominados “*insiders*”) hacia los demás¹¹⁷.

acreedores, que igualmente están en disposición de hacer lo propio con sus créditos, deben soportar esa seguridad añadida, que les será sin duda onerosa pero que tienen que soportar. Abundando en ello, si un fiador ordinario garantiza la posición de un acreedor con garantía real, aquél, en el fondo, está contemplando y contratando indirectamente esa garantía (arts. 1839 y 1852 CC), sin que el resto de acreedores tampoco vean injustamente agravada en absoluto su posición por el hecho de que se pacte esa garantía personal adicional. En el fondo, garantizando a un acreedor con una garantía real, el fiador está contratando por vía indirecta una contragarantía frente al deudor”.

¹¹⁴ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 80 y ss.

¹¹⁵ Nótese que las previsiones de esta norma no convierten en superfluas o en meramente “declarativas” las del 263.2 TRLC cuando se trata de fiador especialmente relacionado con el deudor, puesto que este último precepto tiene la virtualidad de aclarar que las garantías a “cancelar” no son solo las “contragarantías” pactadas para asegurar específicamente su derecho de regreso (únicas en las que piensa el 302 TRLC), sino también aquellas a las que pudiera acceder por mor del beneficio de la subrogación conforme al régimen sustantivo contenido en el Código civil.

¹¹⁶ Sería el caso, por ejemplo, del padre que salió fiador del préstamo hipotecario del hijo concursado para la adquisición de su vivienda habitual por mandato de este y que pagó la deuda a la entidad prestamista.

¹¹⁷ Es esta la razón por la que el crédito de regreso de los socios fiadores debe reputarse subordinado en el seno del concurso aun cuando el pago de la deuda avalada lo hayan hecho tras la pérdida de la condición de socios, sin que sea necesario en absoluto recurrir a la equivocada tesis “dualista” para sostener semejante conclusión. Así lo hizo, sin embargo, la STS 3 febrero 2020 (RJ 2020/125) para desestimar el recurso de casación interpuesto por los fiadores y contradecir el argumento por ellos esgrimido de que, como la acción que habían ejercitado era la de “reembolso” (*recte*: repetición) y no la subrogatoria (a la que, según nuestra opinión, tampoco tendrían derecho), su crédito de regreso no podía reputarse subordinado, ya que nació con el pago de la deuda asegurada (es decir, cuando ya no eran socios). Para rebatir esta idea, el Alto Tribunal, con apoyo en la STS 16 enero 2020 (RJ 2020/814), aseveró (FJ 4.º) que el derecho del garante a “reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el

Por otro lado, téngase en cuenta que la regla de la clasificación conforme al grado inferior también deberá ser aplicada cuando sea el acreedor afianzado quien ostente la condición de subordinado, siendo por su parte el garante personal ordinario o privilegiado (por disfrutar de una contragarantía), de forma que el crédito de regreso de este pasará a ostentar dicho carácter subordinado. Y no solo porque así lo ordene el artículo 263.2 TRLC, sino porque, de lo contrario, los acreedores del deudor concursado podrían resultar perjudicados; perjuicio que, con mayor exactitud, sufrirían si, abonada la deuda por el fiador fuera del concurso, este pudiera insinuar su crédito de regreso como ordinario o privilegiado cuando el crédito principal debería haber sido subordinado. Dicho de otro modo: el objetivo que persigue en este punto la norma es impedir que un acreedor que habría sido subordinado en el concurso obtenga del garante personal el pago íntegro de su crédito y que este a su vez insinúe en él su derecho de regreso por el total abonado en condición de ordinario o privilegiado, en daño del resto de la masa pasiva¹¹⁸.

Una última cuestión: comoquiera que lo que ejercita en el concurso el fiador *solvens* es su derecho de regreso (tal y como reconoce el artículo 492.2 TRLC), este tendrá la extensión que determina el Código, de modo que, si salió como tal contra la prohibición del deudor o para gestionar su egoísta interés, solo podrá reclamar el importe pagado al acreedor abstracción hecha de su propio empobrecimiento, y sin derecho, entonces, a los intereses por las cantidades anticipadas ni a que le sean indemnizados cualesquiera otros perjuicios que hubiera podido sufrir (art. 1158.III CC). En cambio, el crédito del fiador-gestor tendrá la amplitud y abarcará las partidas que aparecen mencionadas en el artículo 1838 CC, para cuyo cobro podrá usar (a salvo las hipótesis vistas de subordinación) las garantías y privilegios del crédito pagado en la misma medida en que pudiera haberlo hecho el acreedor afianzado. Ahora bien, los intereses legales de las cantidades anticipadas (art. 1838.2.º) y muy probablemente también, por analogía *iuris*, el importe debido al fiador en concepto de gastos y daños (art. 1838.3.º y 4.º), han de considerarse créditos subordinados *ex* artículo 281.1.3.º TRLC¹¹⁹. No así, por contra, los intereses

caso de la acción subrogatoria del art. 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC). De este modo, en un caso como el presente, para clasificar el crédito de reembolso de la deuda social satisfecha por el fiador, y, en concreto, para comprobar si el fiador era persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, por ser socio de la concursada con una participación superior al 10% de capital social, el momento relevante es aquel en que se afianzó el crédito. Se entiende, a estos efectos, que el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado. Lo relevante es que los fiadores demandantes, cuando asumieron la fianza, se hallaban en esa situación descrita por el art. 93.2.1º LC”.

¹¹⁸ PERDICES HUETOS, 2005, pp. 91 y 92, quien ilustra la cuestión con el siguiente ejemplo: “una sociedad matriz concede un crédito a la filial, con un aval bancario garantizado con prenda de valores. Concursada la sociedad filial, la matriz, que en el concurso vio su crédito calificado como subordinado, ejecuta el aval, recupera la totalidad del préstamo y el avalista, por la vía de un reembolso suspensivamente condicionado (art. 1838 CC), se presenta en el concurso con un crédito por la totalidad y, además, no sólo ordinario, sino singularmente privilegiado. *Admitir en tal caso el reembolso del fiador ordinario que avala a un subordinado sería, a nuestro juicio, una forma fácil de defraudar las reglas de subordinación subjetiva.* En definitiva, eso equivaldría de hecho a permitir al acreedor especialmente relacionado con el deudor, mediante el coste a que ascendiese la constitución de la garantía, a ponerse a salvo de las consecuencias de su subordinación concursal, y ello a costa de cargar sobre el resto de acreedores con la presencia de un acreedor vicario -el fiador- con rango ordinario o en su caso singularmente privilegiado. Eso, eliminar la subordinación, parece sin duda el único motivo por el que dos personas especialmente relacionadas pueden acordar recurrir a un tercero como garante de su relación jurídica” (énfasis del autor).

¹¹⁹ Además, para que el fiador pueda reclamar tales partidas, parece requisito necesario la previa insinuación de su crédito de regreso como contingente, posibilidad admitida por la jurisprudencia (*vid.* nota 109).

remuneratorios y moratorios generados por el crédito afianzado que el garante abonó al acreedor, puesto que estos integran el concepto “cantidad total de la deuda” del artículo 1838.1.º CC, salvo que se entienda, como hace el Tribunal Supremo, que la suspensión del devengo de intereses en caso de concurso del deudor principal (art. 152 TRLC) conlleva, como consecuencia del carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC), que los mismos tampoco sean exigibles al fiador, “[c]on el efecto reflejo de que si, por las razones que sean [...] el fiador hubiera pagado al acreedor estos intereses, no puede reclamarlos al deudor principal” (STS 8 junio 2020¹²⁰). Dígase lo mismo, por supuesto, del garante que solo cuente con la acción de repetición del artículo 1158.III CC. Esta doctrina, aceptable para los pagos postconcursoales, no lo es en absoluto para los hechos antes de la declaración de concurso y, en ese sentido, no puede compartirse el criterio de la anteriormente mencionada STS 25 mayo 2012¹²¹.

¹²⁰ RJ 2020/1570.

A diferencia de lo señalado en la nota anterior en cuanto a los intereses, gastos y daños, no tiene sentido exigir, respecto de esta partida (“cantidad total de la deuda”), la previa insinuación del crédito de regreso del fiador como contingente, ya que a este le “aprovecha” la comunicación que el acreedor asegurado haga del crédito afianzado: una vez incluido en la lista de acreedores, constará al tiempo en el concurso la existencia de la fianza y, por tanto, el eventual derecho de regreso del fiador (arts. 258.1 y 263.2 TRLC), derecho que, en la mente del legislador, no es más que un trasunto de aquel (*vid.*, de nuevo, art. 492.2 TRLC). En consecuencia, aunque se defienda, como se hace en este trabajo, que lo que hace valer el garante en el concurso es siempre su propio crédito de reembolso o de repetición (y no el del acreedor garantizado, extinto tras el pago postconcursoal), carece en absoluto de sentido plantearse la existencia de un hipotético problema de tardío reconocimiento del mismo en ausencia de insinuación previa.

Desde una visión “dualista” de la subrogación, se ha afirmado que, en el concurso, “no pueden concurrir el crédito de regreso del fiador y el crédito principal ya que son pretensiones idénticas. El TRLC establece el mejor derecho del acreedor principal a la hora del reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor, porque se trata de un crédito actual y no meramente contingente, como, en su caso, sería el crédito de regreso de quien todavía no hubiera pagado al acreedor. El crédito de regreso del fiador no podrá ser reconocido mientras concorra al concurso el crédito principal, pero sí podrá participar en el procedimiento en caso de subrogación en el crédito principal previa satisfacción del mismo” (SACRISTÁN BERGIA, 2020, pp. 1308 y 1309).

Con apoyo en la idea de que lo que hay en los casos de pago postconcursoal por el fiador es solo un cambio en la titularidad del crédito afianzado en virtud de la subrogación, BLANCO GARCÍA-LOMAS, 2021, p. 1769, considera que el derecho de reembolso del garante es (¿siempre?) un crédito concursual no concurrente: a su entender, el pago que lo origina no supone el cumplimiento de ninguna contingencia, de modo que no cabe acudir al procedimiento de modificación de la lista de acreedores para incluirlo en lugar del asegurado. Así, de acuerdo con la doctrina de la STS 16 noviembre 2016 (RJ 2016/5198), dicho crédito de reembolso únicamente podrá ser satisfecho “una vez concluido el concurso, ya sea con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso (art. 178 LC), o, en caso de convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en tal caso el crédito sufrirá las quitas acordadas en el convenio (art. 134.1 LC)”.

¹²¹ RJ 2012/6543. Según relata el FJ 1.º de la sentencia, en la tramitación del concurso de una sociedad mercantil se planteó la controversia sobre si merecía ser calificado como ordinario o como subordinado el crédito contra la concursada del que era titular la fiadora por los intereses abonados a la entidad prestamista antes de su declaración. La administración concursual había calificado este crédito como subordinado con base en el artículo 92 LC 2003, mientras que la garante pretendía que se clasificara como ordinario. A tal fin alegaba, con razón, que, si bien estaba conforme con que se clasificara como subordinado el derecho a los intereses generados por la deuda de regreso, no lo estaba con que tuviera esa condición su derecho a la suma que, por la totalidad de lo debido por la prestataria y afianzada en concepto tanto de principal, como de intereses, había previamente abonado a la acreedora afianzada, con base en la idea de que los intereses satisfechos a esta última y derivados del préstamo afianzado no conformaban ya un crédito accesorio, sino que, con el pago, pasaron a ser objeto del derecho principal del que era titular. La respuesta del TS a esta alegación es ya sabida (FJ 3.º): la calificación de este crédito como subordinado “se debe a razones objetivas y no se altera por el hecho de que la correlativa deuda haya sido pagada por el fiador, dado el alcance subrogatorio que el artículo 1839 del Código Civil atribuye a la acción de reembolso que, en cuanto a la cantidad total de la deuda, le reconoce el artículo 1838, ordinal primero del mismo Código, en caso de haber pagado”.

3. EL DERECHO DE REGRESO DEL FIADOR EN CASO DE PAGO PARCIAL

Existen dos disposiciones dentro del TRLC que hacen referencia al derecho de regreso del fiador en una hipótesis singular, a saber, aquella en que este haya efectuado un pago parcial de la deuda asegurada antes de la declaración de concurso, y que tienen por objeto introducir sendas reglas especiales: una primera en relación a la comunicación de créditos (art. 264 TRLC); otra segunda atinente a la fase de liquidación (art. 437).

En virtud de la primera se establece que el acreedor afianzado que haya recibido un pago parcial de su garante personal puede solicitar a la administración concursal que incluya en su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por “reembolso”, corresponda al fiador que ha pagado en parte, incluso aun cuando este no haya comunicado su crédito o haya hecho remisión de la deuda.

En virtud de la segunda regla, en cambio, se reconoce a ese acreedor satisfecho parcialmente antes de la declaración de concurso el derecho a obtener en él el pago correspondiente al fiador, si bien hasta el límite de su propio crédito, ya que, obviamente, no podría pretender cobrar por esta vía más de aquello que le es debido.

Como bien puede observarse, las soluciones sentadas por ambas normas son en cierto modo contradictorias con lo que dictaría una lógica intuitiva, ya que esta podría hacer pensar que, en tales supuestos de pago parcial, deberían ser ambos sujetos los que concurrieran en el concurso: el acreedor, por la parte que le falta por cobrar, y el fiador, por su crédito de regreso. Sin embargo, no es tal la regulación dispuesta por el TRLC, la cual adjudica al *solvens* una posición relegada y subordinada en el concurso respecto a la propia del acreedor garantizado.

Aunque la primera de las facultades reconocidas al acreedor (es decir, la prevista en el art. 264 TRLC) va mucho más allá del reconocimiento de una mera preferencia, la doctrina ha querido ver en el artículo 1213 CC la fuente de inspiración de ambas reglas concursales, de suerte que tanto una como otra vendrían a ser una duplicación o un trasunto del principio *nemo subrogat contra se* recogido en aquel precepto del Código¹²². Sin embargo, tal y como ha habido oportunidad de comprobar en este trabajo, la preferencia que el artículo 1213 CC atribuye al acreedor parcialmente satisfecho se constriñe, en realidad, *única y exclusivamente a los privilegios y garantías que acompañen al crédito afianzado*, y ello con el objetivo de que aquel pueda seguir disfrutando con prioridad del abrigo que las mismas le venían proporcionando incluso frente al subrogado. Para ilustrar esta idea, se pondrá otro ejemplo distinto al que ya se utilizó en su momento, referido esta vez al fiador *prohibente debitore* (aunque también podría pensarse, si así se prefiere, en el que lo es *in rem suam*): este garante, conforme al régimen establecido en los artículos 1210, 1838 y 1839 CC, no goza del beneficio de la subrogación, puesto que, al haberse inmiscuido en una esfera jurídica ajena en contra del veto del *dominus negotii*, el legislador le deniega el acceso oblicuo que, a ella, obtendría a través de dicho efecto, reconociéndole frente al deudor solamente una acción de repetición por el enriquecimiento (la contemplada en el art. 1158.III CC). Si, por hipótesis, el crédito afianzado y parcialmente satisfecho fuera puramente ordinario al no

¹²² CORDERO LOBATO, 2004, pp. 1035 y 1036; PERDICES HUETOS, 2005, p. 28; MARTÍN ARESTI, 2012, p. 1619; MONSERRAT VALERO, 2017, p. 450; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *ADCo.*, 2018, p. 42, nota 21; SIERRA NOGUERO, 2020, p. 1915; MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, 2021, p. 1410.

venir acompañado de ningún privilegio o garantía real, la aplicación del artículo 1213 conduciría a un sorprendente y paradójico resultado si se considerara que la subrogación lo es en el crédito parcialmente pagado: en efecto, mientras que el fiador-gestor con derecho a subrogación debería esperar a que al acreedor garantizado cobrase preferentemente con cargo al insuficiente patrimonio del deudor, el que salió como tal *prohibente debitore*, al no subrogarse, cobraría a prorrata con él. Flaco favor o nulo “beneficio” (más bien) sería entonces el que el legislador sustantivo estaría concediendo al fiador que salió por mandato del obligado o con la intención de gestionar el interés de este. En resumen, el artículo 1213 CC viene a demostrar que tanto la subrogación como la preferencia adjudicada al acreedor en los casos de pago parcial lo son solo en los accesorios.

Por ello, si el deseo de los redactores del TRLC era el de trasponer el artículo 1213 CC al ámbito del concurso, la solución debería haber consistido, simplemente, en reconocer en favor del fiador-gestor que pagó parcialmente la deuda asegurada su subrogación en el privilegio general o especial propio del crédito en parte satisfecho (caso de existir), si bien que postergando la satisfacción de su crédito de regreso a la de este último una vez abierta la fase de liquidación.

Nada de esto ha hecho el legislador concursal, quien, por el contrario, ha autorizado al acreedor principal a “apropiarse” del crédito de regreso del fiador aun en perjuicio de la masa pasiva, ya que puede solicitar su inclusión en su favor en la lista de acreedores aunque aquel no lo haya comunicado o aunque se haya extinguido por remisión del garante. En este sentido, parece evidente que las previsiones del artículo 264 TRLC no comportan una cesión en garantía del derecho de regreso del fiador en favor del acreedor, ni una suerte de ejercicio del mismo por vía subrogatoria (*ex art. 1111 CC*), sino que conllevan su simple inclusión en el concurso en beneficio del acreedor con carácter cautelar y a fin de asegurar que este pueda materializar la “expropiación” prevista en el artículo 437 TRLC. Del mismo modo, también resulta obvio que el acreedor solo podrá gozar de esta ventaja cuando el fiador *solvens* haya garantizado la deuda en su integridad, y no, en cambio, cuando se haya obligado a menos que el deudor principal (art. 1826.I CC) y haya pagado totalmente su obligación fideusoria. Pues la única razón que puede explicar la adopción de una solución como la expuesta es la de “sancionar” en algún modo al fiador que haya incumplido en parte su deuda frente al acreedor, de forma tal que se le impide cobrar su crédito de regreso en el seno del concurso hasta tanto este último no haya obtenido plena satisfacción de su derecho.

4. CONCLUSIONES

1. Los dos párrafos que integran el artículo 263.2 TRLC contienen, en lo que hace a los pagos postconcursoales por el fiador, sendas reglas plenamente compatibles con la naturaleza jurídica que la subrogación ostenta en el Código Civil. Pues la consecuencia que en ellas se prevé para tales hipótesis no es la subrogación del garante en el crédito satisfecho, sino la simple *sustitución* del acreedor originario por el fiador en la masa pasiva (primer párrafo) con la consiguiente *subrogación* de este en la posición jurídica de aquel dentro del concurso (segundo párrafo). Así pues, una vez verificado el pago por el fiador, la administración concursal deberá proceder a sustituir al acreedor inicial e incluir en su lugar en la lista de acreedores *el crédito de reembolso o de repetición* de aquel, aunque no con la calificación

que le resultaría propia, sino con la que tenga inferior grado de entre las que competan a uno y otro sujeto.

2. La regla de “reclasificación” del fiador *solvens* conforme al “inferior grado” de uno y otro crédito (el afianzado, por un lado, y el de regreso, por otro) contenida en el párrafo segundo del artículo 263.2 TRLC no debe aplicarse indiscriminadamente y en todo supuesto, ya que, entendida literalmente, podría conducir a *una injustificada proscripción del beneficio de la subrogación* reconocido por el Código Civil al fiador-gestor. Por el contrario, se trata de una regla que debe reservarse para aquellas hipótesis en que la diferente calificación provenga de una cualidad *extrínseca* a ambos créditos e *indisponible* por los interesados, es decir, cuando, bien el acreedor, bien el fiador, ostenten la condición de acreedores subordinados por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor.
3. Lo que ejercita en el concurso el fiador *solvens* es *su* derecho de regreso, el cual tendrá la extensión que determina el Código, de modo que, si salió como tal contra la prohibición del deudor o para gestionar su egoísta interés, solo podrá reclamar el importe pagado al acreedor abstracción hecha de su propio empobrecimiento (art. 1158.III CC). En cambio, el crédito del fiador-gestor abarcará las partidas mencionadas en el artículo 1838 CC, para cuyo cobro podrá usar (a salvo las hipótesis de subordinación) las garantías y privilegios del crédito pagado. Los intereses legales de las cantidades anticipadas (art. 1838.2.º) y, por analogía *iuris*, el importe debido al fiador en concepto de gastos y daños (art. 1838.3.º y 4.º), han de considerarse créditos subordinados *ex* artículo 281.1.3.º TRLC. No así, por contra, los intereses remuneratorios y moratorios generados por el crédito afianzado que el garante abonó al acreedor, ya que integran el concepto “cantidad total de la deuda” del artículo 1838.1.º CC, salvo que se entienda, con el Tribunal Supremo, que la suspensión del devengo de intereses en el concurso (art. 152 TRLC) conlleva, por el carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC), que los mismos tampoco sean exigibles al fiador.
4. Las disposiciones contenidas para los supuestos de pago parcial por el fiador en los artículos 264 y 437 TRLC no son un trasunto del artículo 1213 CC ni encuentran justificación en él, y solo se explican como “sanción” al fiador que, habiendo asegurado íntegramente la deuda, haya cumplido solo en parte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo II: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 14.^a ed., 2011.
- ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993.
- ARCOS VIEIRA, M^a Luisa: “Comentario a los artículos 1888 a 1894”, en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), tomo VI, Valencia, 2013, pp. 12878-12918.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: “Comentario al artículo 310”, en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2^a ed., 2020, pp. 1487-1490.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: “Fianza, concurso y exoneración de deudas”, *Anuario de Derecho Concursal*, 44, 2018, pp. 33-98.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y VALLADARES RASCÓN, Etlvina: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVI, vol. 1.º: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, Madrid, 2.^a ed., 1991.
- BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro: “Comentario a los artículos 308 a 310”, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral* (dir. por P. PRENDES y N. FACHAL), tomo I, Cizur Menor, 2020, pp. 1759-1787.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando: “La subrogación en el crédito”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, pp. 979 y siguientes.
- CAÑIZARES LASO, Ana: *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: voz “Subrogación”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, pp. 6383 y ss.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, 4^a ed., 2022.
- CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Cizur Menor, 2020.
- CASTILLA BAREA, Margarita: “Comentario a los artículos 1838 y 1839”, en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), tomo VI, Valencia, 2013, pp. 12609-12631.
- COCA PAYERAS, Miguel: “Comentario a la sentencia de 16 de septiembre de 1988”, *CCJC*, 1988, núm. 18, pp. 801-816.
- CORDERO LOBATO, Encarna: “Comentario al artículo 87”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. por R. BERCOVITZ), vol. I, Madrid, pp. 1022-1038.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ VILLA, José: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Granada, 1999.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, 2006.
- “Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano (o por qué el Código Civil no reguló la prenda de créditos)”, en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales* (dir. por G. GALICIA), Cizur Menor, 2021 (a), pp. 203-277.

- “La venta en garantía en la jurisprudencia: simulación y anomalías causales”, en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales* (dir. por G. GALICIA), Cizur Menor, 2021 (b), pp. 37-78.
- *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, 2014.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852 (reed. facsímil, 1973).
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; KARRERA EGIALDE, Mikel, “El contrato de fianza”, en *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA, J. M. ALMUDÍ CID, M. Á. MARTÍNEZ LAGO), tomo IX, Cizur Menor, 2014, pp. 285-373.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: “Comentario a los artículos 1838 y 1839”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pp. 203-225.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: “La gestión de negocios sin mandato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pp. 245 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, AGUSTÍN, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2º, 3ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2005.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, tomo XII, Madrid, 1973.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: “Garantías personales”, en *Enciclopedia de Derecho concursal* (dir. por E. BELTRÁN y J. A. GARCÍA-CRUCES), Cizur Menor, 2012, pp. 1605-1625.
- MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier: “Comentario a los artículos 261 a 264”, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal. Comentario judicial, notarial y registral* (dir. por P. PRENDES y N. FACHAL), tomo I, Cizur Menor, 2020, pp. 1398-1414.
- MONSERRAT VALERO, Antonio: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Cizur Menor, 2017.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005.
- PROVERA, Giuseppe: “Riflessioni sul beneficium cendendarum actionum”, en *Studi in onore de Cesare Sanfilippo*, tomo IV, Milán, 1983, pp. 609 y siguientes.
- REYES LÓPEZ, María José: “Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 CC”, *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 153-221.
- “Comentario a los artículos 1838 y 1839”, en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), vol. IV, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 1143-1149.
- ROJO, Ángel: “La calificación de los créditos concursales con garantía personal”, *Anuario de Derecho Concursal*, 7, 2006, pp. 517-540.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: “Comentario al artículo 263”, en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2ª ed., 2020, pp. 1307-1310.
- SÁNCHEZ JORDÁN, Elena: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000.
- “Comentario a los artículos 1893 y 1894”, en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), vol. IV, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 1325-1333.

- SIERRA NOGUERO, Eliseo: “Comentario al artículo 437”, en *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal* (dir. por J. PULGAR), tomo I, Madrid, 2ª ed., 2020, pp. 1913-1917.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: “Notas sobre la subrogación personal”, *Revista de Derecho privado*, 1985, pp. 491 y siguientes.
- VITERI ZUBIA, Ibon: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo*, Valencia, 2013.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 14 noviembre 1981 (RJ 1981/4510)
- STS 8 mayo 1984 (RJ 1984/2399)
- STS 29 mayo 1984 (RJ 1984/2804)
- STS 11 junio 1984 (RJ 1984/3227)
- STS 30 septiembre 1987 (RJ 1987/6455)
- STS 13 febrero 1988 (RJ 1988/1985)
- STS 16 septiembre 1988 (RJ 1998/ 6693)
- STS 2 diciembre 1988 (RJ 1988/9287)
- STS 23 octubre 1991 (RJ 1991/7484)
- STS 25 junio 1992 (RJ 1992/5474)
- STS 24 julio 1996 (RJ 1996/6054)
- STS 15 diciembre 1997 (RJ 1997/8817)
- STS 30 diciembre 1997 (RJ 1997/9667)
- STS 3 julio 1998 (RJ 1998/5213)
- STS 18 noviembre 1998 (RJ 1998/8412)
- STS 5 marzo 2001 (RJ 2001/2564)
- STS 3 junio 2002 (RJ 2002/4723)
- STS 31 marzo 2003 (RJ 2003/2836)
- STS 12 abril 2004 (RJ 2004/2054)
- STS 3 febrero 2009 (RJ 2009/1361)
- STS 21 mayo 2009 (RJ 2009/3029)
- STS 25 mayo 2012 (RJ 2012/6543)
- STS 30 diciembre 2015 (RJ 2015/6437)
- STS 16 noviembre 2016 (RJ 2016/5198)
- STS 7 noviembre 2017 (RJ 2017/4763)
- STS 23 mayo 2018 (RJ 2018/2138)
- STS 20 julio 2018 (RJ 2018/3138)
- STS 16 enero 2020 (RJ 2020/814)
- STS 3 febrero 2020 (RJ 2020/125)
- STS 28 mayo 2020 (RJ 2020/1345)
- STS 8 junio 2020 (RJ 2020/1570)
- STS 12 noviembre 2020 (RJ 2020/4576)
- STS 19 abril 2021 (RJ 2021/1823)

STS 15 marzo 2022 (RJ 2022/1178)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Navarra 27 enero 1999 (AC\1999\3021)

SAP Girona 23 febrero 1999 (AC 1999/350)

SAP Islas Baleares 16 mayo 2001 (JUR\2001\244847)

SAP Salamanca 28 enero 2002 (JUR\2002\74542)

SAP Navarra 14 abril 2003 (JUR\2003\166580)

SAP Murcia 2 febrero 2009 (JUR\2009\276384)

SAP Valencia 30 noviembre 2011 (JUR\2012\47223)

SAP Murcia 30 enero 2020 (JUR\2020\128830)