



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

ZUZENBIDE  
FAKULTATEA  
FACULTAD  
DE DERECHO

---

## El regreso y la subrogación en el caso del fiador *solvens*

---

Trabajo de Fin de Grado - Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea  
Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián

Grado en Derecho

Curso 2021-2022

Trabajo realizado por Iñigo Echevarría Fernández

Dirigido por Gorka Galicia Aizpurua

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	RÉGIMEN GENERAL DEL PAGO POR TERCERO.....	3
	<b>1. Concepto y requisitos del pago por tercero</b> .....	3
	<b>2. El regreso</b> .....	5
	2.1. Pago con la ignorancia del deudor.....	6
	2.2. Pago con la oposición del deudor.....	7
	2.3. Pago con la aprobación del deudor.....	8
	<b>3. La subrogación en el crédito satisfecho</b> .....	10
	<b>4. Relación entre el regreso y la subrogación</b> .....	14
III.	LA CONFIGURACIÓN DE LA FIANZA.....	16
IV.	LOS EFECTOS DEL PAGO POR EL FIADOR.....	21
	<b>1. El regreso</b> .....	22
	<b>2. La subrogación en el crédito satisfecho</b> .....	25
	<b>3. Relación entre el regreso y la subrogación</b> .....	29
	<b>4. Cargas del fiador <i>solvens</i></b> .....	30
	4.1. Notificación al deudor.....	30
	4.2. Pago antes del vencimiento de la obligación.....	33
	<b>5. El fiador <i>in rem suam</i></b> .....	34
V.	LA CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO DEL FIADOR <i>SOLVENS</i> EN CASO DE CONCURSO DEL DEUDOR.....	36
VI.	CONCLUSIONES.....	42
VII.	FUENTES.....	45
	<b>1. Bibliografía</b> .....	45
	<b>2. Jurisprudencia</b> .....	48

## I. INTRODUCCIÓN

Existen en nuestro ordenamiento jurídico distintas instituciones jurídicas que buscan reforzar las posibilidades de cobro del acreedor, siendo algunas de estas las garantías personales, por las que un tercero en principio ajeno a la obligación principal procede a garantizar la misma obligándose a pagarla en caso de que resulte necesario. En el Código Civil solo podemos encontrar regulada una de estas garantías personales, la fianza. Si bien, como veremos, en principio solo el acreedor y el fiador son parte del contrato de fianza, el Código dedica varios artículos a la relación existente entre este último y el deudor. Efectivamente, una vez paga el garante el legislador le dota de medios para poder recuperar lo pagado. El presente trabajo tiene por objeto estudiar dichos medios, que son el derecho de regreso y la subrogación en el crédito satisfecho.

En primer lugar, comenzaremos con el examen del régimen del pago por tercero, que sirve en gran medida como la base de la regulación del resarcimiento del garante *solvens*. También estudiaremos la relación que existe entre las dos vías de regreso, cuestión que ha generado gran debate en la doctrina y la jurisprudencia y que no ha recibido una respuesta definitiva.

En segundo lugar, entraremos al análisis de la fianza, empezando con un repaso general de la figura y posteriormente profundizaremos en la regulación del regreso y la subrogación en el caso de que pague el fiador. También haremos especial mención del caso del fiador *in rem suam*, es decir, aquel que sale como garante en su exclusivo interés, supuesto en el que se enturbian las posibilidades de resarcimiento del garante.

En tercer lugar, examinaremos qué sucede con el crédito de regreso del fiador *solvens* cuando el obligado principal se encuentre en concurso de acreedores.

Por último, expondremos las conclusiones que hayamos podido extraer del estudio de todas las cuestiones previamente mencionadas.

## II. RÉGIMEN GENERAL DEL PAGO POR TERCERO

El Capítulo IV del Título I del Libro IV del Código Civil<sup>1</sup> recibe el rótulo “*De la extinción de las obligaciones*”, siendo la primera de las causas de extinción reguladas en el mismo el pago o cumplimiento, lo cual muestra su carácter preeminente frente al resto, idea que a su vez se encuentra respaldada por el hecho de que algunas de las otras causas de extinción sean denominadas “subrogados del cumplimiento”<sup>2</sup>.

### 1. Concepto y requisitos

Lo más ordinario es que sea el propio deudor el que cumpla la obligación, dado que es en definitiva el que está obligado a realizar el pago<sup>3</sup>. Sin embargo, el artículo 1158 CC prevé que el pago puede ser realizado “*por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor*”. Precisamente nos referimos al supuesto del pago por tercero en aquellos casos en los que el pago es realizado por un sujeto distinto al deudor, recibiendo este tercero la denominación de “*solvens*”. BERCOVITZ aprecia que el régimen de regreso del 1158 CC solo será aplicable cuando el pago sea realizado por un tercero que no guarde relación con el obligado, de modo que si hubiese alguna relación contractual entre este último y el *solvens* se debería acudir al régimen legal o contractual específico que correspondiera<sup>4</sup>.

La doctrina reconoce que la razón por la que se admite el pago por un tercero es la *función satisfactiva del pago*, de forma que su finalidad principal es satisfacer al

---

<sup>1</sup> En adelante “CC”.

<sup>2</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, “Cumplimiento de las obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, p. 89.

<sup>3</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Artículo 1158”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8483-8485. Efectivamente, MARÍN observa que se presume que el pago es realizado por el deudor y que será el que alegue el pago por tercero el que tenga que demostrar que este se ha producido. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo “Artículos 1158 y 1159”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVI, vol. 1º. Artículos 1156 a 1213 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1980, p. 20.

<sup>4</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículos 1158 y 1159”, cit., EDERSA, p. 20. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., pp. 8485-8486.

acreedor, siendo secundario quién satisface su interés<sup>5</sup>. Es por esta razón que no podrá negarse a recibir el pago del tercero siempre que cumpla con los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad del artículo 1157 CC y los artículos 1166 y siguientes CC, es decir, cuando el tercero ejecute una prestación idéntica a la que debía ejecutar el deudor, incurriendo el acreedor en caso de negativa injustificada en *mora creditoris*, en cuyo caso el tercero podrá proceder a la consignación el pago<sup>6</sup>. Por el contrario, si la obligación fuese personalísima o no fungible el acreedor podrá negarse a recibir el pago<sup>7</sup>. En la práctica lo más común es que el pago de tercero se dé en el caso de obligaciones dinerarias, que son perfectamente fungibles y por tanto no traen mayor complicación<sup>8</sup>. Existe debate dentro de la doctrina acerca de si son admisibles los pactos entre el acreedor y deudor que permitan al primero rechazar los pagos ofrecidos por terceros aunque cumplan todos los requisitos objetivos del pago<sup>9</sup>.

Por otro lado, es necesario que el tercero pague con *animus solvendi*, es decir, con voluntad de extinguir una deuda que sabe que es ajena<sup>10</sup>. Por el contrario, si pagase desconociendo que lo es, nos encontraríamos ante un caso de cobro de lo indebido que debería resolverse en virtud de lo previsto en los artículos 1895 y siguientes CC, de forma que el *solvens* no tendría ninguna acción contra el deudor sino que debería reclamar lo pagado al acreedor<sup>11</sup>. En su caso, puede que el tercero pague con *animus donandi*, renunciando a la posibilidad de regresar contra el deudor, aunque corresponderá a este último demostrar la existencia de dicho *animus*<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid., pp. 8484.

<sup>6</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Artículo 1158", en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 166. GALICIA AIZPURUA, Gorka, "El cumplimiento y el incumplimiento del contrato", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (coord.) y QUICIOS MOLINA, Susana (coord.), *Tratado de contratos. Tomo I*, Editorial Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2020, pp. 1427-1428. MARÍN LÓPEZ, "Artículo 1158", cit., pp. 8484, 8488. Respecto de la consignación del pago, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "Artículos 1158 y 1159", cit., EDERSA, p. 22.

<sup>7</sup> MARÍN LÓPEZ, "Artículo 1158", cit., pp. 8485-8486, 8487-8488. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "Artículos 1158 y 1159", cit., EDERSA, p. 23. BERCOVITZ considera que teóricamente cabría el pago por tercero en el caso de prestaciones de no hacer, aunque admite que es difícil imaginar el supuesto en que se daría dicho pago por tercero.

<sup>8</sup> MARÍN LÓPEZ, "Artículo 1158", cit., p. 8487.

<sup>9</sup> Ibid., pp. 8487-8488.

<sup>10</sup> Ibid., pp. 8486-8487. GALICIA AIZPURUA, "El cumplimiento...", cit., p. 1428.

<sup>11</sup> Ibid., p. 1428.

<sup>12</sup> MARÍN LÓPEZ, "Artículo 1158", cit., p. 8487.

Por último, el artículo 1158 CC indica que el pago puede realizarse por un tercero independientemente de que este tenga algún interés o no en la obligación satisfecha. La doctrina mayoritaria aprecia que dicho interés se refiere a que el tercero tiene una responsabilidad, sea directa o indirecta, en una obligación ajena, vinculándose dicho interés principalmente al supuesto del deudor solidario y del fiador, supuesto, este último, que tiene una regulación específica de la que trataremos con mayor detalle más adelante<sup>13</sup>. Cuestión distinta es la motivación subjetiva interna que mueva al tercero a pagar, si bien la doctrina suele equiparar a aquel tercero que paga en su exclusivo interés, el denominado *animus depraedandi*, al supuesto del tercero que paga en contra de la voluntad del deudor, de modo que dicho *solvens* tendrá tan solo una acción de repetición, que estudiaremos después, por la cual solo podrá reclamar al deudor aquello en que le haya resultado útil el pago<sup>14</sup>. En el mismo sentido, DEL OLMO afirma que cuando el tercero ocultase deliberadamente al deudor su intención de pagar al acreedor los efectos serán los mismos que en el caso del pago contra la voluntad del deudor<sup>15</sup>. Por el contrario, MARÍN observa que el Tribunal Supremo sí admite que aquel tercero que pague con ánimo de lucrarse pero beneficiando también al deudor mantenga la acción de reembolso<sup>16</sup>. También trataremos sobre esta cuestión al analizar la figura del fiador *in rem suam*.

## 2. El regreso

Los párrafos II y III del artículo 1158 CC conceden al *solvens* una serie de acciones cuyo contenido y alcance dependerá de si el pago se realizó con el desconocimiento del deudor, con su oposición o con su aprobación.

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 8490. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículos 1158 y 1159”, cit., pp. 170-172. Además de los supuestos expuestos, BERCOVITZ considera que también tendrían interés los garantes reales y los herederos a beneficio de inventario que pagan las deudas hereditarias. Por otro lado, observa que existen autores que defienden una interpretación restrictiva que considera que el interés solo se refiere al caso del deudor solidario, y otros que defienden una interpretación extensiva por la cual se deberá examinar en cada caso si el *solvens* tiene interés o no de forma individualizada, interpretaciones que BERCOVITZ rechaza enfáticamente.

<sup>14</sup> GALICIA AIZPURUA, “El cumplimiento...”, cit., p. 1430. DEL OLMO GARCÍA, Pedro, “El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011)”, *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. III, pp. 1413-1414.

<sup>15</sup> Ibid., p. 1417.

<sup>16</sup> MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8497.

## 2.1. Pago con la ignorancia del deudor

Hay consenso en la doctrina sobre el hecho de que la acción de reembolso que concede el 1158.II CC al *solvens* en caso de que pague bajo la ignorancia del deudor tiene como fundamento la *actio negotiorum gestorum contraria* regulada en el 1893 CC, tratándose por tanto este pago de un supuesto de gestión de negocios ajenos<sup>17</sup>. En virtud de dicho artículo, el *solvens* podrá reclamar al deudor lo pagado al acreedor, en la medida en que resulte útil para el deudor, los gastos necesarios en los que haya incurrido el *solvens* para realizar dicho pago y en general el enriquecimiento sufrido por aquel como consecuencia del pago<sup>18</sup>. Algunos autores consideran que no es necesario que el pago del *solvens* traiga provecho en sentido estricto al deudor para poder ejercer esta acción de reembolso, sino que bastaría con que dicho pago evite “algún perjuicio inminente y manifiesto” al deudor<sup>19</sup>. El hecho de que el pago deba ser útil para el deudor quiere decir que este podrá oponer al *solvens* todas las excepciones que habría podido oponer frente al acreedor<sup>20</sup>.

El desconocimiento del deudor va referido al momento del pago por el tercero, de modo que el *solvens* podrá ejercer esta acción de reembolso aunque posteriormente el deudor conozca el pago<sup>21</sup>. También puede suceder que el deudor, desconociendo que se ha producido ese pago por tercero, pague al acreedor, en cuyo caso BERCOVITZ aprecia que el *solvens* perdería la posibilidad de regresar contra deudor y debería por tanto reclamar al acreedor lo pagado, si bien existe cierto debate sobre el fundamento exacto de la acción a entablar contra el acreedor, solución similar a la que el artículo 1842 CC concede al fiador *solvens*<sup>22</sup>. En este mismo sentido, distintos autores han reconocido que una actuación diligente por parte del *solvens* incluiría la notificación al deudor del pago<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibid., pp. 8491-8492. GALICIA AIZPURUA, Gorka, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 19-20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículos 1158 y 1159”, cit., pp. 173.

<sup>18</sup> MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8494. GALICIA AIZPURUA, “El cumplimiento...”, cit., p. 1429.

<sup>19</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 27.

<sup>20</sup> Ibid., p. 27.

<sup>21</sup> Ibid., p. 36. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8493.

<sup>22</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1158”, cit., Ministerio de Justicia, pp. 173-174. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8494-8495.

<sup>23</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1158”, cit., Ministerio de Justicia, pp. 173-174. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 34-35.

Otro elemento esencial al que ya hemos hecho referencia para que el *solvens* pueda ejercer la acción de reembolso del artículo 1158.II CC es que el pago resulte útil para el deudor. GALICIA observa que dicha utilidad debe apreciarse atendiendo a criterios objetivos, es decir, a la existencia de excepciones que hagan el crédito total o parcialmente inexigible, y no a las consideraciones subjetivas que pueda tener en mente el deudor; así, por ejemplo, no se podría apreciar la existencia de dicha utilidad si paga una deuda que ya se ha extinguido o si se encontraba prescrita<sup>24</sup>.

## 2.2. Pago con la oposición del deudor

El artículo 1158.III CC concede al *solvens* que pague contra la voluntad del deudor una acción contra este último a la que la doctrina denomina “acción de repetición” para distinguirla de la acción de reembolso previamente examinada<sup>25</sup>. La doctrina acepta que la acción de repetición encuentra su fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto, y como consecuencia el *solvens* solo podrá reclamar al deudor “*aquello en que le hubiera sido útil el pago*”<sup>26</sup>. Por tanto, a diferencia de lo que sucede con las otras dos acciones de regreso, el tercero que pague con la oposición del deudor no podrá reclamar que se le resarza por el empobrecimiento sufrido, los gastos y perjuicios en los que haya incurrido como consecuencia del pago, sino sólo aquello en lo que se haya enriquecido el deudor<sup>27</sup>.

La oposición deberá ser clara y expresa y deberá ser formulada antes o en el mismo momento en que se produzca el pago, no siendo eficaz la formulada con posterioridad, y corresponderá al deudor demostrar la existencia de dicha oposición<sup>28</sup>.

En todo caso, DEL OLMO aprecia que hay una serie de supuestos asimilados a la oposición que llevarán a que el *solvens* adquiera solo la acción de repetición. En primer

---

<sup>24</sup> Ibid., pp. 26, 30-31. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8495, 8498. Aunque parece apoyar la tesis postulada por GALICIA, también considera que el Tribunal Supremo ha abierto la puerta a que se pueda tener en consideración el interés subjetivo del deudor aun no habiendo excepciones jurídicas oponibles al acreedor.

<sup>25</sup> Ibid., p. 8495.

<sup>26</sup> Ibid., p. 8496. GALICIA AIZPURUA, “El cumplimiento...”, cit., p. 1430.

<sup>27</sup> DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid 1998, p. 124.

<sup>28</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículos 1158 y 1159”, cit., EDERSA, pp. 46-47. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 36-37. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, cit., p. 8495.

lugar, como ya adelantábamos previamente, cuando el tercero actúe en su propio interés<sup>29</sup>. En segundo lugar, postula que no basta con que el deudor ignore el pago para que se pueda afirmar que ha nacido una acción de gestión de negocios ajenos, sino que también se tendrán que cumplir el resto de requisitos de este cuasi-contrato<sup>30</sup>. Uno de dichos requisitos es la *absentia domini*, la “*imposibilidad de consultar con el dueño del negocio antes de tomar la decisión de actuar en su esfera*”, por lo que DEL OLMO aprecia que si el tercero negligente no notifica al deudor su voluntad de pagar pudiendo hacerlo, o si le oculta intencionadamente dicha voluntad, no concurriría este requisito y por tanto solo nacería la acción de repetición del artículo 1158.III CC<sup>31</sup>. Sobre el requisito de notificar la intención de pagar trataremos con más detalle en sede de fianza.

Como hemos podido observar, se impone como requisito para poder ejercitar tanto esta acción como la de reembolso del artículo 1158.II CC que el pago resulte útil. La diferencia entre las dos acciones en lo referido a este aspecto reside en el hecho de que en la acción de reembolso que nace como consecuencia del pago con la ignorancia del deudor existe una presunción *iuris tantum* de que el pago ha resultado útil para el deudor, pero la oposición expresa de este al pago por tercero romperá dicha presunción de utilidad y corresponderá al *solvens* demostrar el enriquecimiento sufrido por el deudor como consecuencia del pago<sup>32</sup>.

### 2.3. Pago con la aprobación del deudor

Si bien los dos anteriores supuestos no generan gran debate en la doctrina, podría decirse lo opuesto del caso en que el pago se dé con la aprobación del deudor. Sí hay consenso sobre el hecho de que, al igual que en los casos anteriores, la aprobación

---

<sup>29</sup> Ibid., pp. 82-83. Como ya hemos dicho antes, exploraremos este supuesto al hablar del fiador *in rem suam*.

<sup>30</sup> Ibid., p. 83. GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Pago por tercero de deuda ajena realizado con ánimo *depraedandi*. (A propósito de la STS de 26 de mayo de 2011).”, en ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio (coord.), CUENA CASAS, Matilde (coord.) y ORTEGA DOMÉNECH, Jorge (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 484. Expandiendo lo postulado por DEL OLMO, GALICIA observa que si el tercero paga en su exclusivo interés, con *animus daepredandi*, no concurriría el *animus aliena negotia generendi* necesario para encontrarnos ante un supuesto de gestión de negocios ajenos. DEL OLMO GARCÍA, “El pago subrepticio...”, cit., p. 1414.

<sup>31</sup> DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 87-88. DEL OLMO GARCÍA, “El pago subrepticio...”, cit. p. 1417.

<sup>32</sup> Ibid., p. 8496. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, “Artículos 1158 y 1159”, cit., EDERSA, p. 49.

deberá ser simultánea o anterior al pago y no posterior<sup>33</sup>. El hecho de que el deudor conozca la intención del tercero de pagar y no se oponga a dicho pago supondría una aprobación tácita<sup>34</sup>.

BERCOVITZ considera que el *solvens* se subrogará automáticamente en el crédito satisfecho en virtud del artículo 1210.2º CC pero que no tendrá ninguna acción de regreso *ex novo* específica, si bien podrá renunciar a la subrogación y ejercer la acción de gestión de negocios ajenos del 1158.II CC de la misma forma que haría en caso de que el deudor ignorase el pago<sup>35</sup>. En cierto modo esta interpretación podría verse respaldada por el hecho de que el artículo 1158.II CC se refiere conjuntamente a los supuestos en los que el pago se realiza sin mediar la oposición expresa del deudor, es decir, al pago con ignorancia del deudor y al hecho con aprobación del deudor, lo que podría indicar que la acción de reembolso que corresponde al *solvens* será la misma en ambos casos.

No obstante, otros autores consideran que el tercero que paga con la aprobación del deudor tiene una acción distinta a la correspondiente a aquel que paga con la ignorancia del deudor, y dicha acción sería más concretamente la acción contraria de mandato<sup>36</sup>. Esto, sin embargo, acarrea otro problema, pues, como hemos observado con anterioridad BERCOVITZ afirma que el artículo 1158 CC solo será aplicable cuando no haya un vínculo contractual entre deudor y *solvens*, mientras que en este caso existiría una relación de mandato entre ellos<sup>37</sup>. GALICIA resuelve esta cuestión postulando que en el caso del pago con aprobación del deudor la acción de regreso contra el deudor no se fundaría en el artículo 1158 CC sino directamente en los artículos 1728 y 1729 CC referidos al mandato<sup>38</sup>. En todo caso, también hay autores que ven injustificada la

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 45. En contra, DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 81-82, 120-121. DEL OLMO aprecia que la aprobación posterior permitiría al *solvens* ejercitar una acción contraria de mandato aunque en el momento del pago ignorase la intención del tercero de realizarlo.

<sup>34</sup> GALICIA AIZPURUA, "El cumplimiento...", cit., pp. 1428-1429. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Artículo 1158", cit., Ministerio de Justicia, p. 168.

<sup>35</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "Artículos 1158 y 1159", cit., EDERSA, p. 45.

<sup>36</sup> GALICIA AIZPURUA, "El cumplimiento...", cit., pp. 1428-1429. DEL OLMO GARCÍA, "El pago subrepticio...", cit., p. 1414-1415. REYES LÓPEZ, María José, "Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Código Civil", en *ADC*, vol. 41, nº 1, 1988, pp. 153-222, pp. 153.

<sup>37</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, "Artículos 1158 y 1159", cit., EDERSA p. 20.

<sup>38</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 32-34.

exclusión del supuesto del pago aprobado del 1158.II CC y consideran que este se refiere tanto al caso de ignorancia del deudor como el de aprobación<sup>39</sup>.

Según esta segunda postura, el regreso del *solvens* asegurará su “*absoluta indemnidad*”, pudiendo reclamar al deudor todo lo pagado así como todos los gastos y perjuicios sufridos como consecuencia de dicho pago; es este caso, es además irrelevante que el pago haya resultado útil o no al deudor, que será el que asuma las consecuencias del pago al haberlo aprobado, no pudiendo por tanto oponer excepción alguna al *solvens*<sup>40</sup>.

### 3. La subrogación en el crédito satisfecho

Además de las acciones de regreso que acabamos de examinar, el pago por tercero puede dar lugar en ciertos casos a que el *solvens* se subroge en el crédito satisfecho y pueda resarcirse reclamando al deudor el pago del mismo<sup>41</sup>. La interacción entre el reembolso y la subrogación será examinada más adelante.

Como decíamos al inicio, el pago, ya sea realizado por el deudor o por un tercero, es una causa de extinción de las obligaciones, pero la subrogación supone una excepción a dicho principio, de modo que en ciertos casos el pago por tercero no supondrá la extinción de la obligación satisfecha sino que el *solvens* adquirirá el crédito satisfecho<sup>42</sup>.

Se ha venido observando que el artículo 1209 CC distingue entre dos tipos de subrogación, la convencional, que es la acordada entre el *solvens* y el acreedor, y la legal, que se da en los supuestos del artículo 1210 así como en otros que están expresamente previstos en el CC<sup>43</sup>. Existen ciertas dudas sobre la naturaleza exacta de la subrogación legal. El hecho de que los artículos 1209 y 1210 CC usen términos como “*no puede presumirse*” o “*se presumirá*” ha llevado a que algunos autores consideren que los de subrogación legal son supuestos en los que existe una presunción *iuris*

---

<sup>39</sup> DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 42-45.

<sup>40</sup> GALICIA AIZPURUA, “El cumplimiento...”, cit., pp. 1428-1429.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1431.

<sup>42</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 45.

<sup>43</sup> VAQUERO PINTO, María José, “Artículo 1210”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8951. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Artículo 1209”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVI, vol. 1º. Artículos 1156 a 1213 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1980, pp 662-663.

*tantum* de que se ha acordado dicha subrogación, y que solo podría hablarse de subrogación legal automática cuando esta aparezca prevista en algún precepto específico del CC<sup>44</sup>. No obstante, la posición mayoritaria, apoyada por la jurisprudencia, considera que el artículo 1210 CC prevé supuestos de subrogación *ex lege* automática, de modo que el *solvens* adquiere el crédito satisfecho en el momento mismo del pago<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> SANCHO REBULLIDA, “Artículo 1210”, cit., Ministerio de Justicia, pp. 312-313. VAQUERO PINTO, “Artículo 1210”, cit., p. 8955.

<sup>45</sup> Ibid. p. 8955. SANCHO REBULLIDA, “Artículo 1210”, cit., Ministerio de Justicia, p. 313. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 72-78. STS 3-02-2009 (RJ 2009, 1361). Su FJ 2.º afirma:

“Otro tema que debe ser analizado con carácter prioritario es el relativo a si el art. 1210.3º recoge un caso de subrogación legal. La sentencia recurrida acoge la tesis que considera los casos de subrogación del art. 1.210 CC como de presunción. Es cierto que existen posturas doctrinales minoritarias (aunque importantes por la autoridad jurídica de sus patrocinadores) que sostienen, bien la tesis de la subrogación convencional -presunción de un convenio de subrogación de modo que se atribuye la carga de la prueba de la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes a quien niegue su existencia-, bien la de la subrogación presunta -presunción "iuris tantum"-, con dos variantes, según se requiera la voluntad del acreedor, o también la del deudor; y también lo es [cierto] que el texto del Código en buena medida da pie para fundamentar dichas posturas porque los arts. 1.209 y 1.210 (siguiendo al Anteproyecto de 1.882-1.888 y separándose del Proyecto de 1.851 -arts. 1.116 y 1.117 -) claramente se refieren a presunción. De mantenerse la postura de la Audiencia el discurso a seguir incidiría en el tema probatorio -valoración de prueba, o carga de la prueba-, y, por ende, en cuestión procesal, que, al no comprenderse dentro del ámbito del recurso de casación, nos impediría entrar en su examen, quedando excluido el análisis del motivo. Sin embargo sucede que la doctrina mayoritaria entiende que el art. 1.210 CC ( LEG 1889, 27) establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente automática -de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria-, y compartimos tal conclusión. Los argumentos de los autores son varios, y a veces por senderos jurídicos muy diversos. La principal objeción a la subrogación legal, que se halla en la alusión del precepto a la presunción, se salva, por unos, diciendo que se trata de una presunción "iuris et de iure" (en definitiva una disposición legal ajena a cualquier perspectiva de "onus probandi"); por otros, en sintonía con doctrina del derecho francés, que se refiere a la cesión de acciones (cesión ficticia realizada por el acreedor); por unos terceros, que la presunción se refiere a la voluntad de subrogarse; y por los más, que se trata de una imprecisión o impropiedad del lenguaje del legislador (que por cierto es bastante frecuente en temas similares de presunción a lo largo de la regulación del Código) porque: no hay estructura de presunción (deducción de un hecho incierto de otro tomado como cierto), "ni tampoco inducción de una voluntad negocial implícita en tanto no se demuestre la contraria", y "porque se trata de un efecto, y los efectos se producen o no se producen, pero no se presumen". Aparte de ello se razona, dentro del amplio espectro de la posición mayoritaria, que no tiene sentido hacer depender la subrogación, del acreedor que cobra, por lo que "sólo la figura de la subrogación legal permite concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos"; que concurre la misma "ratio" en el codeudor solidario, o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario, y para éste existe la previsión específica del art. 1.839 CC ; y que el *solvens* no es una persona totalmente ajena a la deuda, sino que es preciso que esté interesada en el cumplimiento.

*Sentado lo anterior -que el art. 1.210 CC recoge casos de subrogación legal-, el automatismo opera en el sentido de que no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor [énfasis añadido]. No se requiere una declaración "ad hoc"; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (*solvens*) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio”.*

En cuanto al alcance exacto de la subrogación, el artículo 1212 CC establece que el subrogado adquirirá el crédito con todos sus accesorios, incluyendo las garantías reales y personales que lo refuercen, siempre y cuando no sean personalísimos del deudor<sup>46</sup>. Existe, por otro lado, cierto debate acerca de si existen límites al alcance de la subrogación<sup>47</sup>. Algunos autores realizan una interpretación literal del precepto y consideran que el *solvens* se subrogará en todo caso en la totalidad del crédito satisfecho y podrá por tanto reclamar al deudor el importe total del mismo<sup>48</sup>. Por otro lado, la doctrina mayoritaria considera que el *solvens* solo podrá reclamar en virtud de la subrogación aquello que haya efectivamente pagado<sup>49</sup>. SANCHO matiza esta apreciación para postular que dicha limitación solo operará en el caso de la subrogación legal, de modo que en la convencional regirá la autonomía de la voluntad, equiparándose a un supuesto de cesión de crédito, y por tanto deberá atenderse a lo que hayan acordado el *solvens* y el acreedor<sup>50</sup>.

Esta cuestión cobra especial importancia cuando el pago realizado por el tercero sea un pago parcial. SANCHO distingue dos posibilidades en este caso: por un lado, el acreedor puede aceptar el pago parcial condonando el resto de la deuda, en cuyo caso el *solvens* se subrogará en el crédito reducido y, por tanto, solo podrá reclamar al deudor lo efectivamente pagado<sup>51</sup>. Por otro lado, si el acreedor no tuviese voluntad de condonar el resto de la deuda, en virtud del artículo 1213 CC se producirá una subrogación parcial, de tal manera que pasarán a concurrir dos créditos sobre el deudor: uno del acreedor por la parte aún no satisfecha y otro del *solvens*, si bien tendrá preferencia en el cobro el acreedor originario<sup>52</sup>.

Tras examinar el alcance y contenido de la subrogación, queda por analizar en qué casos se produce dicha subrogación legal automática. En primer lugar, el artículo 1210.2º CC

---

<sup>46</sup> CASTILLA BAREA, Margarita, “Artículo 1839”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo IX.*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12623.

VAQUERO PINTO, “Artículo 1212”, cit., p. 8967.

<sup>47</sup> Ibid. p. 8967.

<sup>48</sup> Ibid., p. 8968.

<sup>49</sup> Ibid., pp. 8967-8968. SANCHO REBULLIDA, “Artículo 1212”, cit., Ministerio de Justicia, p. 316. REYES LÓPEZ, “Algunas consideraciones...”, cit., p. 178. Efectivamente, REYES observa que permitir al *solvens* reclamar más de lo efectivamente pagado generaría para el mismo un enriquecimiento injusto.

<sup>50</sup> Ibid., p. 317. En contra, DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 370-371, 385-387. DEL OLMO se muestra contrario a equiparar la cesión de crédito y la subrogación convencional y considera que esta última se verá afectada por la misma limitación de contenido que la subrogación legal.

<sup>51</sup> SANCHO REBULLIDA, “Artículo 1212”, cit., Ministerio de Justicia, p. 317.

<sup>52</sup> Ibid., p. 317.

establece que la subrogación se dará en todo caso cuando el tercero no interesado en la obligación pague con la aprobación, expresa o tácita del acreedor, supuesto al que ya hemos hecho referencia en el apartado 2.3<sup>53</sup>. En segundo lugar, el artículo 1210.3º CC establece que se subrogará el tercero con interés en el cumplimiento de la obligación, “*salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda*”, refiriéndose este último inciso al hecho de que si el *solvens* es un deudor solidario se extinguirá por confusión al subrogarse en el crédito aquella parte del crédito que le correspondiese y solo podrá reclamar al resto de los deudores lo pagado en cuanto exceda de la parte de la deuda que le corresponde<sup>54</sup>. Para determinar qué parte corresponde a cada uno de los deudores solidarios se deberá atender a las relaciones internas existentes entre ellos y el interés que tiene cada uno en la obligación satisfecha<sup>55</sup>. La doctrina ha venido a considerar que las expresiones utilizadas en los apartados 2 y 3 de dicho artículo “*interés en la obligación*” e “*interés en el cumplimiento*” se refieren en realidad a un mismo interés que, como decíamos previamente, consiste en la vinculación del *solvens* a la deuda ajena<sup>56</sup>.

Por su parte, la redacción del artículo 1159 CC genera dudas sobre su encaje dentro de los supuesto examinados de subrogación legal cuando establece: “*El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos*”. La posición mayoritaria parece mantener que en realidad el artículo 1159 CC no viene a establecer nada nuevo sino que se limita a precisar lo ya previsto en el artículo 1210: aquel tercero que no tiene interés en el cumplimiento y que paga con la ignorancia del deudor no se subrogará automáticamente *ex lege* en el crédito satisfecho por no quedar incluido en los apartados 2 y 3 del 1210 CC, sin perjuicio de que pueda darse una subrogación convencional si así lo acuerda con el acreedor<sup>57</sup>. Por su parte, GALICIA considera que este artículo también supone que aquel que pague con la oposición del deudor no solo no se subrogará legalmente sino que no podrá oponer al

---

<sup>53</sup> Matizado por DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 136-138. DEL OLMO distingue la aprobación del pago y la aprobación de la subrogación, siendo según su opinión necesaria esta segunda aprobación para que opere la subrogación legal del presente precepto.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>55</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, “Cumplimiento de las obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, pp. 49-59.

<sup>56</sup> VAQUERO PINTO, “Artículo 1210”, *cit.*, p. 8958-8959. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1158”, *cit.*, p. 8490.

<sup>57</sup> MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1159”, *cit.*, pp. 8499-8500. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1158”, *cit.*, Ministerio de Justicia pp. 168.

deudor el convenio de subrogación al que haya llegado con el acreedor, de modo que su derecho quedará limitado a la acción de repetición del artículo 1158.III CC<sup>58</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha afirmado que también cabrá subrogación convencional en caso de que se pague contra la voluntad del deudor, y recuerda que en virtud del artículo 1210.3º CC se producirá una subrogación legal siempre que el *solvens* tenga interés en el cumplimiento de la obligación independientemente de cuál sea la actitud del deudor<sup>59</sup>.

#### 4. Relación entre el regreso y la subrogación

Una vez examinados separadamente el regreso y la subrogación, queda por ver la interacción entre estas dos figuras, cuestión que ha generado gran controversia en la doctrina.

Tras el estudio realizado quedan claras las diferencias en la naturaleza de ambas: la acción de regreso supone el nacimiento en el momento del pago de un derecho *ex novo*, mientras que la subrogación supone la adquisición derivativa del crédito satisfecho<sup>60</sup>. También es patente la diferencia en cuanto al contenido de las opciones, la acción de reembolso tendrá un contenido que puede exceder del montante del crédito satisfecho, incluyendo así los gastos y perjuicios que haya soportado el *solvens* como consecuencia del pago, mientras por otro lado la subrogación permitirá al *solvens* acogerse a todos los accesorios y garantías que benefician al crédito, cosa que no sucede con la acción de reembolso<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 70-71. GALICIA AIZPURUA, "El cumplimiento...", cit., p. 1430.

<sup>59</sup> STS 18-12-1997 (RJ 1997, 8819). Su FJ 7.º establece:

"El Código Civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: 1.º) *subrogación convencional*: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él [énfasis añadido](artículos 1209 y 1159); 2.º) *subrogación legal*: cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (artículo 1209); 3.º) *subrogación legal*: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él [énfasis añadido] (artículo 1210.1 y 3); 4.º) *subrogación legal*: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (artículos 1210.2 y 1159); 5.º) reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (artículo 1158); y 6.º) repetición por la utilidad producida: cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (artículo 1158). En la exposición de este motivo, el recurrente da por supuesto que don Manuel Z. U. era un tercero no interesado, pero no considera que, en este caso, opera la acción de reembolso prevista en el citado artículo 1158.2, que es lo correctamente razonado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia".

<sup>60</sup> REYES LÓPEZ, "Algunas consideraciones...", cit., p. 206.

<sup>61</sup> Ibid., 207. VAQUERO PINTO, "Artículo 1209", cit., p. 8950.

El *solvens* no siempre contará con las dos opciones, sino que en ciertos casos solo tendrá a su disposición la acción de reembolso o repetición pero no la subrogación, así si el pago es realizado por un tercero sin interés con el desconocimiento o la oposición del deudor<sup>62</sup>.

Existen dos corrientes dentro de la doctrina acerca de la relación existente entre estas acciones, si bien dentro de cada una de ellas hay a su vez opiniones diversas. La opinión mayoritaria, sostenida también por la jurisprudencia, es la teoría dualista, por la cual el *solvens* deberá optar entre la subrogación y el reembolso, que tendrán carácter alternativo<sup>63</sup>. A su vez hay distintas corrientes dentro de la teoría dualista. Algunos, como BERCOVITZ consideran que la titularidad de estas opciones es alternativa y excluyente, de modo que la subrogación automática extinguirá la acción de reembolso, pero el *solvens* tendrá la posibilidad de renunciar a la subrogación y ejercer esta última<sup>64</sup>. Además, BERCOVITZ afirma que la elección se deberá hacer en el mismo momento del pago al acreedor y que la renuncia a la subrogación podrá ser tácita o expresa, opinión que no comparten otros autores que consideran que sí cabe una elección posterior y que debe ser expresa<sup>65</sup>. Otros consideran que la titularidad de las dos acciones es cumulativa, pero de ejercicio alternativo, es decir, el *solvens* deberá optar por una u otra vía, pero si habiendo optado por una no queda satisfecho, podrá ejercer la otra; incluso pudiendo ejercer las dos conjuntamente con una de ellas siendo subsidiaria a la otra<sup>66</sup>. La jurisprudencia no se ha pronunciado de forma contundente ni definitiva a este respecto, aunque algún autor ha observado que parece inclinarse por la titularidad cumulativa de las dos acciones<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1159”, cit., p. 8502.

<sup>63</sup> Ibid., p. 8502. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1158”, cit., Ministerio de Justicia pp. 172-173. En lo referido a la jurisprudencia, la STS 12-11-2020 (RJ 2020, 4565), entre otras.

<sup>64</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1158”, cit., Ministerio de Justicia, pp. 172-173.

<sup>65</sup> Ibid., pp. 172-173. BERCOVITZ justifica esta posición con dos argumentos: dado que la extinción del crédito y la acción de reembolso se producen en el momento del pago no tiene sentido que la elección se dé posteriormente, y por otra parte no existe razón que justifica el retraso en el tiempo de la elección, posiblemente por razones de seguridad jurídica. REYES LÓPEZ, “Algunas consideraciones...”, cit., p. 202.

<sup>66</sup> VAQUERO PINTO, “Artículo 1209”, cit., p. 8950. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1159”, cit., pp. 8502-8503. DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 244-245. DEL OLMO mantiene una posición similar a esta pero que también se acerca a la teoría unitaria al considerar que la subrogación será accesoria al regreso.

<sup>67</sup> MARÍN LÓPEZ, “Artículo 1159”, cit., p. 8503. En este mismo sentido parece pronunciarse la STS 12-11-2020 (RJ 2020, 4565). Su FJ 6.º afirma: “Este derecho de crédito del fiador frente el deudor principal, cuya deuda ha pagado, se puede articular y satisfacer a través de dos vías distintas: (i) mediante

En contra de las anteriores posiciones, existe una teoría unitaria que considera que la subrogación y la acción de reembolso están fusionadas. Esta posición busca evitar que el *solvens* se vea obligado a optar entre la subrogación, que le da mayores garantías del cobro al permitirle beneficiarse de todos sus accesorios, y el reembolso, que le permite reclamar unas cuantías superiores<sup>68</sup>. Para ello, esta teoría postula que el *solvens* adquirirá el derecho de regreso *ex novo* contra el deudor, el cual se verá además reforzado por las garantías y accesorios del crédito principal satisfecho, siendo por tanto la subrogación un accesorio al regreso<sup>69</sup>.

### III. LA CONFIGURACIÓN DE LA FIANZA

El contrato de fianza se encuentra regulado en el Título XIV del Libro cuarto del Código Civil. El artículo 1822 aporta una limitada definición de la figura al establecer que se trata de aquel contrato por el que “*se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste*”. Efectivamente, la fianza es la garantía personal por excelencia, hasta tal punto que el Código Civil no regula otra, de forma que busca reforzar las posibilidades de cobro del crédito garantizado obligando a un fiador a responder con todos sus bienes presentes y futuros de dicho crédito si no lo hace el deudor principal<sup>70</sup>.

Hay varias características que definen a este contrato. En primer lugar, serán parte del contrato el fiador y el acreedor, pero no el deudor<sup>71</sup>. En efecto, el artículo 1823 CC recalca que la fianza se puede constituir incluso con la ignorancia u oposición del fiado, aunque, similarmente a lo que sucedía en el caso del pago por tercero, veremos que la

---

una acción de reembolso o regreso, *y/o* [énfasis añadido] (ii) atribuyendo al fiador un derecho a subrogarse en el crédito y derechos accesorios que tenía el acreedor que cobró”.

<sup>68</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 47-48.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 47, 49. VAQUERO PINTO, “Artículo 1209”, cit., pp. 8950-8951.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, “La fianza”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, p. 581. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La fianza mercantil: características, utilidad y problemática”, en MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coord.) y CÁMARA ENTRENA, Blanca de la (coord.), *Las garantías en el Derecho mercantil. Problemática Actual*, Fundación Notariado, Madrid, 2021, pp. 160-163.

<sup>71</sup> Cit. por COLÁS ESCANDÓN, Ana María, “Fianza civil y mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (coord.) y QUICIOS MOLINA, Susana (coord.), *Tratado de contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2020, p. 5155.

actitud de este sí será relevante de cara a determinar el regreso del *solvens*. Se trata de un contrato consensual, de modo que requerirá el consentimiento de ambas partes, si bien algunos autores consideran que el consentimiento del acreedor puede ser tácito<sup>72</sup>. Se ha debatido en la doctrina si cabe un contrato de fianza celebrado entre el fiador y deudor en favor del acreedor pero sin el consentimiento del mismo, cuestión que ALBALADEJO resuelve defendiendo la necesidad de que el tercero en cuyo favor se constituya el contrato lo acepte<sup>73</sup>. El contrato será en principio unilateral, de forma que solo el garante tendrá obligaciones, aunque podrá ser bilateral si el acreedor le ofrece alguna contraprestación<sup>74</sup>.

Otra característica que ha sido debatida es si la fianza es un contrato causal y, si lo es, cuál es su causa. Algunos autores consideran que es abstracto ya que no se sabe cuál es la razón que mueve al fiador a garantizar la obligación principal<sup>75</sup>. Por el contrario, la mayoría de la doctrina actual afirma que se trata de un contrato causal<sup>76</sup>. Efectivamente, se ha recalcado que lo relevante en la fianza no es la relación entre el deudor y fiador, sino la existente entre este último y el acreedor, y en este sentido existe una *causa cavendi*, una voluntad del garante de asegurar la satisfacción del acreedor<sup>77</sup>. Por tanto, el hecho de que sea abstracta, en el sentido de resultar irrelevante la relación entre esos dos sujetos, no quiere decir que no tenga causa<sup>78</sup>. Como ya decíamos antes, la fianza será en principio gratuita, aunque podrá ser onerosa en ciertos supuestos, si bien no existe unanimidad en la doctrina sobre en qué casos lo será<sup>79</sup>. En primer lugar, si el fiador es

---

<sup>72</sup> CARRASCO PERRERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel J., *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I*, Thomas Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 136-139. En contra, CASTILLA BAREA, "Artículo 1827", cit., p. 12516. CASTILLA indica que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que tanto la oferta del fiador como la aceptación del acreedor sean expresas para la válida constitución del contrato.

<sup>73</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5155. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 133-134.

<sup>74</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Artículo 1823", en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIII. Artículos 1822 a 1886 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1979, p. 52.

<sup>75</sup> Ibid., p. 58. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 174-175

<sup>76</sup> GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1823", cit., p. 59.

<sup>77</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., pp. 5146-5147. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 174-175.

<sup>78</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5147. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, KARRERA EGIALDE, Mikel Mari y DE MIGUEL HERNANDO, Diego, "El contrato de fianza", en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX. Contratos de financiación y de garantía*, Thomas Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 285-373, pp. 297-298.

<sup>79</sup> Ibid., p. 300. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 176.

retribuido por el acreedor, aunque a estos efectos no se debe tener en cuenta el posible regreso que pueda ejercer el garante posteriormente contra el deudor ni tampoco las contraprestaciones que le pueda ofrecer este último, que como hemos visto es un tercero ajeno al contrato<sup>80</sup>. También sería onerosa en el caso de que gracias a la fianza el acreedor ofrezca mejores condiciones al deudor o si el garante tiene interés en su constitución<sup>81</sup>.

El artículo 1823 CC establece que “*La fianza puede ser convencional, legal o judicial*”. La redacción de este artículo puede dar lugar a ciertas confusiones y por tanto es necesario aclarar su contenido. Concretamente, resulta esencial distinguir dos obligaciones, la obligación fideiusoria del fiador y la obligación del deudor de prestar fianza al acreedor<sup>82</sup>. La obligación fideiusoria va a ser en la inmensa mayoría de supuestos convencional, es decir, va a derivar del contrato de fianza celebrado entre el fiador y acreedor, si bien hay casos limitados en los que puede venir impuesta por ley<sup>83</sup>. Por el contrario, la obligación de prestar fianza se refiere a la obligación que tiene el deudor de aportar un fiador al acreedor<sup>84</sup>. Es a esta última a la que se refiere el artículo 1823, de modo que la misma puede ser convencional, si el acreedor y deudor acordaron que este último aportase un fiador; legal, si viene impuesta por ley; o judicial, si viene impuesta por resolución judicial<sup>85</sup>. En caso de que la obligación de prestar fianza fuese legal o judicial, los artículos 1828 y 1854 CC exigen que el fiador aportado por el fiado sea capaz y solvente, aunque si no logra encontrar a nadie con dichas características dispuesto a celebrar un contrato de fianza con el acreedor, el artículo 1855 CC le permite prestar garantías reales en su lugar<sup>86</sup>.

Otra característica es la accesoriedad de la fianza respecto de la obligación principal. Esto se manifiesta en el artículo 1824 CC, que establece como requisito fundamental para la constitución de la figura objeto de estudio la existencia de una obligación

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 177. COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5144.

<sup>81</sup> Ibid., p. 5054.

<sup>82</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1822", cit., pp. 12462-12463. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 86-87.

<sup>83</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5184. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 101-102. CASTILLA BAREA, "Artículo 1822", cit., pp. 12462-12464.

<sup>84</sup> Ibid., p. 12463. COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5184.

<sup>85</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1822", cit., p. 12463.

<sup>86</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5184.

principal válida<sup>87</sup>. También se manifiesta este rasgo en otros aspectos, así por ejemplo, el acreedor al transmitir el crédito estará transmitiendo también la fianza, y el fiador podrá oponer al acreedor las excepciones que hubiese podido oponer el deudor<sup>88</sup>. En el mismo sentido, de acuerdo con el artículo 1847 CC, la extinción de la obligación garantizada causará la extinción de la garantía<sup>89</sup>. Sin embargo, la accesoriedad queda matizada por el hecho de que la fianza pueda afectar a obligaciones nulas por excepciones puramente personales del deudor, las cuales además no podrá interponer, de acuerdo con los artículos 1824 y 1853 CC. Las excepciones a las que se hace referencia son las relativas a la falta de capacidad del deudor, circunstancia que supondrá un vicio de anulabilidad de la obligación, lo cual, como veremos más abajo, trae dudas acerca de qué posibilidades de regreso tendrá el garante una vez se produzca dicha anulación<sup>90</sup>.

Esta accesoriedad también se ve en el hecho de que el fiador se podrá obligar a menos o a lo mismo que el deudor, pero nunca a más<sup>91</sup>. Esta limitación no se refiere tan solo a la cuantía de la obligación garantizada sino también a sus elementos accidentales, así por ejemplo, no podrán imponerse unos plazos más cortos al garante<sup>92</sup>. En caso de que se superen dichos límites, la obligación fideiusoria quedará reducida al límite de la obligación principal<sup>93</sup>. A su vez, el garante podrá aprovechar las transacciones acordadas entre el deudor y acreedor, a no ser que consienta mantener la obligación original intacta, cuestión que cobra especial importancia en lo referido a los convenios concursales<sup>94</sup>.

La fianza podrá afectar a obligaciones de dar, hacer y no hacer, si bien lo más común es que afecte a obligaciones dinerarias<sup>95</sup>. De hecho, si la obligación garantizada fuese de dar cosas no fungibles, de hacer o de no hacer, la obligación fideiusoria consistirá en pagar una cuantía de dinero equivalente al valor de la prestación debida<sup>96</sup>.

---

<sup>87</sup> SÁNCHEZ CALERO, "La fianza", cit., p. 581.

<sup>88</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., pp. 5142-5143.

<sup>89</sup> Ibid., p. 5051.

<sup>90</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1824", cit., pp. 12484-12485.

<sup>91</sup> Ibid., p. 12499.

<sup>92</sup> Ibid., pp. 12505-12507.

<sup>93</sup> Ibid., p. 12508.

<sup>94</sup> Ibid., pp. 242-245.

<sup>95</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1826", cit., p. 12503.

<sup>96</sup> SÁNCHEZ CALERO, "La fianza", cit., p. 582. GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1826", cit., EDERSA, p. 89.

Una última característica que debemos destacar es la subsidiariedad de la fianza. Esto quiere decir que el fiador no tendrá que pagar a no ser que el deudor haya incumplido la obligación principal previamente<sup>97</sup>. Este es un elemento que ha generado gran debate dentro de la doctrina. La principal manifestación del mismo es el beneficio de orden o excusión, que permite al garante oponerse a la reclamación del acreedor si este último no ha ido previamente contra el obligado principal infructuosamente<sup>98</sup>. En este sentido, algunos autores confunden la subsidiariedad de la fianza y el beneficio de excusión, de modo que defienden que si el garante no cuenta con dicho beneficio por darse alguno de los supuestos del artículo 1831 CC, normalmente porque ha asumido una fianza solidaria por la que el acreedor podrá ir indistintamente contra deudor o fiador, la fianza deja de ser subsidiaria<sup>99</sup>. Así, SÁNCHEZ defiende que la subsidiariedad no es un elemento esencial de la fianza, y dejará de concurrir en el caso de la fianza solidaria<sup>100</sup>. En contra de lo anterior, otros autores defienden que siempre será subsidiaria, incluso en los casos en que sea solidaria, ya que un requisito fundamental para poder reclamar al garante es que la obligación principal haya vencido y el obligado aún no la haya pagado, siendo irrelevante si esa falta de pago se ha dado tras una reclamación por el acreedor o no<sup>101</sup>. La jurisprudencia respalda esta segunda posición<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5145.

<sup>98</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1830", cit., p. 12533.

<sup>99</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Artículo 1822", en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1783. COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5145.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ CALERO, "La fianza", cit., pp. 581-582.

<sup>101</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5145. CASTILLA BAREA, "Artículo 1822", cit., p. 12464-12466. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 82-83. CARRASCO difiere de las posiciones anteriores, de modo que, si bien considera que la fianza puede ser subsidiaria pese a no haber beneficio de excusión, postula que la fianza solidaria no es subsidiaria.

<sup>102</sup> STS 8-07-2014 (RJ 2014, 3731). En su FJ 5 afirma:

"En nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador.

Por eso, *en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal* [énfasis añadido]."

Todo lo previamente examinado se refiere a la fianza civil, pero lo visto y lo que se verá más adelante se extiende también a la fianza mercantil, que tiene una regulación muy escueta en el Código de Comercio que debe ser completada con lo previsto en el Código Civil<sup>103</sup>. La fianza será mercantil o civil en función de la naturaleza de la obligación garantizada, lo cual refleja de nuevo el carácter accesorio de esta figura<sup>104</sup>. Pese a lo previamente expuesto, es cierto que hay ciertas diferencias entre la fianza mercantil y la civil, así por ejemplo, en la mercantil se exige forma escrita mientras que en la civil rige la libertad de forma, y en la mercantil se presume que la fianza es solidaria<sup>105</sup>.

Además de la civil y la mercantil, existe también una fianza administrativa, que se encuentra regulada en los artículos 107 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, y se refiere a aquella fianza que se presta en favor del obligado principal en el marco de las relaciones contractuales que este tiene con la Administración Pública, aunque, de nuevo, la regulación que ofrece dicha ley de esta figura es muy limitada y debe ser completada con lo previsto en el Código Civil<sup>106</sup>.

#### IV. LOS EFECTOS DEL PAGO POR EL FIADOR

El pago por el fiador da lugar al inicio de lo que algún autor ha denominado “*un epílogo de la relación de fianza*” durante el cual los artículos 1838 y 1839 CC dan al mismo las acciones necesarias para ser resarcido por el pago realizado<sup>107</sup>. Las consecuencias de este pago, en realidad, no difieren mucho de lo previamente estudiado en cuanto a los efectos del pago por tercero, si bien el fiador no es un tercero en sentido estricto<sup>108</sup>. Algunos autores vienen considerando que el régimen establecido por estos artículos es dispositivo y que solo se aplicará si el deudor y el garante no han acordado otra cosa<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> BERROCAL LANZAROT, "La fianza mercantil...", cit., p. 170.

<sup>104</sup> Ibid., p. 170.

<sup>105</sup> Ibid., pp. 171-172.

<sup>106</sup> GIL RODRÍGUEZ, KARRERA EGIALDE y DE MIGUEL HERNANDO, "El contrato...", cit., pp. 299-300.

<sup>107</sup> GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1838", cit., EDERSA, p. 205.

<sup>108</sup> REYES LÓPEZ, "Algunas consideraciones...", cit., pp. 153-154. DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 24, 120-121.

<sup>109</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1838", cit., p. 12611. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 332.

Por el contrario, la doctrina considera que los acuerdos entre este último y el acreedor no podrán ser opuestos por el deudor, incluyendo los de no regresar<sup>110</sup>.

## 1. El regreso

Al igual que en el pago por tercero, la primera de las acciones con las que cuenta el fiador *solvens* es la acción de reembolso, regulada en el artículo 1838 CC, análogo al 1158.II CC. El último párrafo del mismo establece que “*La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor*”, lo que deja claro que el precepto será aplicable a los supuestos en los que la fianza se haya constituido con la aprobación del deudor y con su ignorancia, pero no acaba de aclarar qué es lo que sucede cuando se haya perfeccionado con su oposición.

Algunos autores consideran que seguirá siendo de aplicación la acción de reembolso del 1838 CC<sup>111</sup>. GUILARTE apoya esta posición bajo tres argumentos: en primer lugar, considera que si la oposición del deudor no es obstáculo para constituir la fianza tampoco puede serlo para ejercer esta acción; en segundo lugar, considera que no puede excluirse su aplicación alegando que no cabe una acción gestión de negocios ajenos cuando hay oposición del obligado principal porque el fundamento de la presente acción no se encuentra en dicho cuasi-contrato; y en tercer lugar porque el CC concede la presente acción a todo fiador sin que se prevea la exclusión del que actúa con la oposición del deudor<sup>112</sup>.

En el polo opuesto, tradicionalmente ha habido un sector doctrinal que defiende la inexistencia de acción alguna para el garante en este caso, postura que parece encontrarse superada y que es cuanto menos extrema considerando que el artículo 1158.III CC concede la acción de repetición al tercero que paga con la oposición del deudor<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1839”, cit., p. 12620.

<sup>111</sup> Ibid., p. 12618. REYES LÓPEZ, “Algunas consideraciones...”, cit., pp. 189-190.

<sup>112</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1838”, cit., EDERSA, pp. 210-211. GUILARTE sí matiza lo anterior considerando que en estos supuestos de oposición del deudor el *solvens* no podrá reclamar la partida del artículo 1838.3º CC.

<sup>113</sup> Ibid., p. 210.

Precisamente, la última posición, que es también la mayoritaria, sostiene que el fiador tendrá en este caso la acción de enriquecimiento injusto del artículo 1158.III CC y no el reembolso del 1838<sup>114</sup>. En efecto, pese a que GUILARTE niegue la conexión entre la acción prevista en el presente artículo y la acción contraria de mandato o la de gestión de negocios ajenos, el contenido de la misma, que estudiaremos con más detenimiento, se asemeja al establecido por los artículos 1728, 1729 y 1893 CC, permitiendo reclamar no solo el enriquecimiento obtenido por el deudor sino también el empobrecimiento sufrido por el *solvens*. De la misma forma, si partimos de que la base del régimen que estamos examinando es el pago por tercero y que el presente artículo es análogo al 1158.II CC, podemos observar que mientras este último artículo es el que fundamenta las acciones del *solvens* cuando paga con la aprobación o ignorancia del deudor, cuando paga con la oposición del mismo el fundamento se encuentra en otro precepto, el 1158.III.

Otra cuestión problemática es la de determinar qué sucede cuando la fianza recae sobre una obligación anulable por causas puramente personales del deudor. Como hemos visto antes, en este caso la fianza seguirá siendo válida aunque la obligación principal sea anulada, lo cual sin embargo enturbia las posibilidades de regreso del *solvens*. Efectivamente, la doctrina reconoce que el fiador perderá la posibilidad de regresar ya sea en virtud del artículo 1838 o 1839 CC<sup>115</sup>. Por otro lado, sí se viene aceptando que pueda ejercer una acción de enriquecimiento injusto en la medida en la que el pago haya resultado útil al deudor<sup>116</sup>.

Para que nazca la posibilidad de regreso del garante, ya sea mediante reembolso o subrogación, será necesario que el garante haya extinguido a su costa, aunque sea parcialmente, la obligación garantizada, lo que quiere decir que si el fiador alega la compensación de los créditos que tienen entre sí el acreedor y deudor, no cabría regreso alguno<sup>117</sup>. Por el contrario, si compensa los créditos que él tuviese contra el acreedor, ello sí supondría un sacrificio patrimonial para él y por tanto podría regresar contra el

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 210. BERROCAL LANZAROT, "La fianza mercantil...", cit., p. 177. CASTILLA BAREA, "Artículo 1838", cit., pp. 12618-12619. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 110.

<sup>115</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1824", cit., pp. 12489-12490. CASTILLA BAREA, "Artículo 1838", cit., p. 12619.

<sup>116</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1824", cit., pp. 12489. GUILARTE ZAPATERO, "Artículo 1824, cit., EDERSA, p. 73.

<sup>117</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "*Tratado de los...*", cit., pp. 336-337.

deudor<sup>118</sup>. El artículo 1196 CC solo admite la compensación cuando ambas partes fuesen acreedores principales la una de la otra, lo cual en principio no incluiría el crédito de carácter subsidiario que el acreedor tiene contra el garante, pero la doctrina mayoritaria indica sí ha venido aceptando la posibilidad de que el fiador compense sus créditos con el acreedor<sup>119</sup>.

Habiendo aclarado en qué supuestos cabe la presente acción de regreso, queda por examinar el contenido de la misma. Frente al carácter lacónico del artículo 1158 CC, que no nos permite conocer el contenido de las acciones que regula sin acudir a otros preceptos, el 1838 detalla las partidas que podrá reclamar el *solvens*. La primera de ellas es “*La cantidad total de la deuda*”. Esto se refiere a la cuantía efectivamente pagada por el deudor, y no la cantidad total de la deuda en sentido estricto, de modo que en caso de pago parcial solo incluiría la parte de la deuda satisfecha<sup>120</sup>. Por el contrario, CARRASCO defiende que en caso de dación en pago la acción comprenderá el total de la obligación garantizada con independencia de lo ofrecido por el garante, salvo que se demuestre que se produjo una condonación parcial disimulada<sup>121</sup>.

El apartado segundo permite reclamar los intereses legales que se devenguen desde el momento que notifica el pago al deudor hasta que se le reembolse<sup>122</sup>. Estos se deberán abonar aunque la obligación principal no los generase<sup>123</sup>.

En tercer lugar, quedan incluidos los gastos en que incurra el fiador después de poner en conocimiento el requerimiento al obligado principal. La doctrina ha venido considerando que no será necesaria la notificación al deudor si este ya ha tenido conocimiento del requerimiento por otra vía<sup>124</sup>. Aquí se incluirían, por ejemplo, los gastos procesales en los que haya incurrido el garante a cuenta de la reclamación dirigida contra él por el acreedor y también los que se hayan generado como

---

<sup>118</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1838”, cit., p. 12614.

<sup>119</sup> Ibid., pp. 12690-12691. COLÁS ESCANDÓN, “La fianza civil...”, cit., p. 5219.

<sup>120</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1838”, cit., EDERSA pp. 212-213. CASTILLA BAREA, “Artículo 1838”, cit., p. 12615.

<sup>121</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 340.

<sup>122</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1838”, pp. 12615-12616.

<sup>123</sup> Ibid., p. 12616.

<sup>124</sup> Ibid., p. 12616.

consecuencia de la reclamación del reembolso<sup>125</sup>. Evidentemente, no quedarían incluidos aquellos gastos generados por culpa del propio *solvens*<sup>126</sup>.

Por último, se establece una cláusula de cierre que permite al *solvens* reclamar “*Los daños y perjuicios, cuando procedan*”. El contenido de esta partida resulta dudoso ya que, como ha indicado CASTILLA, puede resultar difícil encontrar un daño o perjuicio que no haya quedado incluido ya en los anteriores apartados del presente artículo<sup>127</sup>. CASTILLA postula que corresponderá al fiador demostrar la existencia y alcance de los mismos, aunque no considera necesario que se haya notificado al deudor de la reclamación<sup>128</sup>. En sentido opuesto, algún autor ha defendido que sí resulta necesaria la notificación para poder reclamar estos daños y perjuicios<sup>129</sup>.

Por tanto, y frente a lo que defiende CASTILLA, podemos ver que el contenido de las acciones no es muy diferente al que en virtud del artículo 1158.II CC correspondería al tercero que paga con la aprobación o desconocimiento del deudor, de modo que en ambos casos la acción de reembolso incluiría tanto el enriquecimiento de este último como el empobrecimiento del *solvens*<sup>130</sup>.

## 2. La subrogación en el crédito satisfecho

A diferencia de lo que sucede con la acción el artículo 1838 CC, el artículo 1839 CC no establece ninguna limitación respecto de en qué supuestos cabrá la subrogación, por lo que el *solvens* podrá en principio subrogarse en el crédito pagado con independencia de la actitud del deudor respecto de la constitución del crédito, incluso en el caso de que se hubiese opuesto a la misma<sup>131</sup>. En efecto, la doctrina aprecia que el artículo 1839 CC se

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 12617.

<sup>126</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1838”, cit., Ministerio de Justicia, p. 1822.

<sup>127</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1838, cit., pp. 12617-12618.

<sup>128</sup> Ibid., p. 12617.

<sup>129</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1838”, cit., EDERSA, pp. 213-214. El propio GUILARTE parece considerar que solo sería necesaria la notificación en caso de que la fianza se constituya con la oposición del deudor. Similarmente, GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1838”, cit., Ministerio de Justicia, p. 1822. De nuevo, GUILARTE sostiene que no ve necesaria la notificación, pero curiosamente en esta obra considera que sí será necesario en caso de prestarse fianza con el desconocimiento del deudor y no en caso de oposición, como decía en la obra previamente citada. Esta segunda posición parece más lógica, ya que, como hemos visto, en caso de que la fianza se constituya con la oposición del deudor el fiador no contaría con la acción del 1838 CC sino con la del 1158.III, cuyo contenido no incluye el empobrecimiento del *solvens* sino solo el enriquecimiento del deudor.

<sup>130</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1838”, cit., p. 12615.

<sup>131</sup> COLÁS ESCANDÓN, “La fianza civil...”, cit., pp. 5204-5205.

limita a repetir lo previsto en el 1210.3º, que, como veíamos, establece que cuando el tercero paga con interés en el cumplimiento, y precisamente decíamos que el fiador es un ejemplo clásico de dicho tercero junto al deudor solidario, se subrogará automáticamente en el crédito satisfecho, independientemente de la voluntad del deudor y el acreedor<sup>132</sup>. A la anterior perspectiva se oponen GALICIA y CARRASCO, que consideran que la oposición del deudor excluiría en todo caso la subrogación<sup>133</sup>.

El funcionamiento de la subrogación sería el mismo que el estudiado en sede de pago por tercero, sin perjuicio de ciertas especialidades que apreciaremos más adelante, por lo que nos remitimos al apartado II.3 en lo referido a esta cuestión.

Puede suceder que haya varios sujetos, ya sean garantes o también algún tercero *solvens*, que pretendan subrogarse en un mismo crédito, por ejemplo por haber pagado cada uno parte, lo cual suscitaría dudas acerca de si existe algún orden de prioridad en la subrogación<sup>134</sup>. En la doctrina se han propuesto distintas soluciones a esta cuestión. En primer lugar, sería posible la aplicación del principio de *prior in tempore, potior in iure*, es decir, que se dé prioridad al que pague primero, posición que apoyan CASTILLA y GALICIA, pero a la que se opone CARRASCO, que la considera demasiado azarosa<sup>135</sup>. Similarmente, también se ha propuesto atender a la fecha de constitución de las garantías, algo que parece menos deseable que la posición anterior y que no acaba de resolver el supuesto del pago por un tercero no garante<sup>136</sup>. Cierta sector de la doctrina ha propuesto que el fiador tendría prioridad de cara a subrogarse en el crédito porque el artículo 1839 CC prevé expresamente dicha posibilidad mientras que en el caso de otros garantes y terceros el fundamento de la subrogación se encontraría en la previsión genérica del 1210.3º<sup>137</sup>. Por último, CARRASCO se posiciona a favor de determinar la preferencia atendiendo al alcance de la garantía prestada por cada uno<sup>138</sup>. En todo caso, CARRASCO reconoce la posibilidad de que los garantes celebren entre sí pactos que

---

<sup>132</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1839”, cit., pp. 12621-12622.

<sup>133</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 114-115. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 335.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pp. 353-354.

<sup>135</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1839”, cit., p. 12628. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 119. En contra, CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 354-355.

<sup>136</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1839”, cit., p. 12628.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 12629.

<sup>138</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 354-355.

determinen la prioridad en la subrogación, si bien los pactos sobre esta materia celebrados entre uno de ellos y el acreedor no serán oponibles al resto, ya que la subrogación legal no puede ser excluida por un pacto entre terceros<sup>139</sup>.

El artículo 1852 CC busca proteger las expectativas de subrogación del fiador estableciendo que se extinguirá la fianza cuando las mismas se ven perjudicadas por “*algún hecho del acreedor*”. Ese perjuicio consistirá en la imposibilidad de disfrutar de las garantías y el resto de accesorios del crédito principal una vez se subroga en el mismo, aunque en general se extendería a otros supuestos que dificulten o imposibiliten la subrogación, así por ejemplo si el acreedor causa con su conducta la insolvencia del deudor<sup>140</sup>. Una cuestión que ha sido debatida es si esta protección se extiende solo sobre aquellos accesorios que existiesen en el momento de constituirse la fianza o también sobre los nacidos con posterioridad. La posición mayoritaria dentro de la doctrina sostiene que el presente artículo se refiere a ambos supuestos<sup>141</sup>. También se considera que en la medida en la que el perjuicio sea parcial tan solo se producirá una extinción parcial de la fianza en proporción a ese perjuicio sufrido<sup>142</sup>. En todo caso, será necesario que se haya causado un perjuicio real al fiador, de modo que no se extinguirá la fianza si el mismo no tenía ninguna expectativa de subrogarse en el crédito, por ejemplo, si actuaba con *animus donandi*, ni tampoco si el garante no tenía posibilidad de subrogarse en la garantía perjudicada, por ejemplo por ser esta personalísima del acreedor<sup>143</sup>. Corresponderá al fiador demostrar el perjuicio<sup>144</sup>.

El segundo requisito que establece el citado artículo es que el perjuicio debe ser causado por un “hecho del acreedor”. Esta expresión ha sido interpretada por la doctrina y jurisprudencia de forma extensiva, de modo que se considera que incluye conductas tanto positivas como negativas del acreedor aunque no una mera inactividad, y más concretamente se atenderá a si, conforme a la buena fe, cabía esperar una conducta

---

<sup>139</sup> Ibid., pp. 355-356.

<sup>140</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1852”, cit., p. 12719, 12721. CASTILLA cuestiona la interpretación extensiva que expande la protección a los supuestos de insolvencia del deudor causada por el acreedor, considerando que solo se extinguiría la fianza si este último estuviese actuando fraudulentamente. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 270-271.

<sup>141</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1852”, cit., pp. 12720-12721.

<sup>142</sup> Ibid., p. 12725. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 258-259.

<sup>143</sup> Ibid., pp. 266-267.

<sup>144</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1852”, cit., pp. 12725.

distinta del mismo<sup>145</sup>. Evidentemente, si el acreedor ejecuta una de las garantías accesorias al crédito y esta se extingue, ello no causará a su vez la extinción de la fianza<sup>146</sup>. Tampoco será de aplicación el presente artículo si el fiador intervino en la acción que perjudicó la subrogación o si consintió la misma ni tampoco si pudo haber evitado ese perjuicio<sup>147</sup>. En todo caso, se deberá atender a la casuística para saber si una determinada conducta del acreedor puede constituir el “hecho” al que se refiere el artículo 1852 CC<sup>148</sup>.

En cuanto al momento en que se debe producir dicha conducta, GUILARTE afirma deberá producirse antes del pago, ya que producido el mismo se subroga el *solvens* en el crédito automáticamente, si bien en caso de pago parcial al producirse una subrogación parcial, teniendo además en virtud del artículo 1213 CC preferencia el acreedor originario, es posible el perjuicio del resto de la subrogación, un supuesto al que no obstante GUILARTE no da respuesta<sup>149</sup>. A esta posición se opone CARRASCO, que sí aprecia que el perjuicio podrá ser causado después del pago, si bien no da mayor detalle<sup>150</sup>. En definitiva, la STS de 12 de noviembre de 2020 recoge en su FJ7 los requisitos que debe reunir la conducta del acreedor para que opere la sanción del artículo 1852 CC<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 266. CASTILLA BAREA, “Artículo 1852”, cit., p. 12722. El FJ3 de la (RJ 2002, 4048) da la definición doctrinal del concepto de “hecho de acreedor”:

“El art. 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación –imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad– en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito, o cobra parte del mismo”.

<sup>146</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1852”, cit., p. 12723.

<sup>147</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1852”, cit., pp. 336-337. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 273.

<sup>148</sup> En este sentido, el FJ7 de la STS 12-11-2020 (RJ 2020, 4565) y el FJ3 de la STS 8-05-2002 (RJ 2002, 4048) resumen la jurisprudencia al respecto y señalan distintos ejemplos de hechos del acreedor comprendidos dentro del presente artículo.

<sup>149</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1852”, cit., p. 330.

<sup>150</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 267.

<sup>151</sup> FJ7 de la STS 12-11-2020 (RJ 2020, 4565):

“A todo lo anterior podemos añadir que del conjunto de la jurisprudencia reseñada se desprenden, además, como elementos delimitadores del supuesto de hecho de la norma que: (i) debe existir una relación de causalidad (relación de causa/efecto) o conexión directa entre la conducta del acreedor y la pérdida del derecho o garantía que impida la subrogación; (ii) esta conducta no precisa estar connotada por una idea de ilicitud o culpabilidad, lo que se precisa es que tenga carácter voluntario y sea determinante del efecto impeditivo citado (ejemplo paradigmático sería que el fiador garantice una deuda previamente asegurada con hipoteca, y con posterioridad a su constitución el acreedor consiente la cancelación de la hipoteca antes del pago de la deuda, sin contraprestación); (iii) el efecto liberatorio

La sanción del artículo 1852 CC no opera automáticamente, de modo que perjudicada la subrogación no se extingue *ope legis* la fianza, sino que es una excepción que deberá ser opuesta por el garante, si bien también se admite que se ejerza como acción<sup>152</sup>. A su vez, se podrá renunciar al ejercicio de esta acción<sup>153</sup>.

CARRASCO observa que el artículo 1851 CC ofrece una protección adicional a las expectativas de subrogación del fiador al establecer que la concesión de una prórroga al deudor supondrá la extinción de la fianza<sup>154</sup>. Efectivamente, indica que en caso de pagar el garante y subrogarse en el crédito satisfecho, el *solvens* se encontraría con que dicha prórroga le obliga a retrasar sus expectativas de regreso<sup>155</sup>.

### 3. Relación entre el regreso y la subrogación

El debate sobre la relación entre estas dos vías de regreso es en realidad el mismo que el ya estudiado en sede del pago por tercero, si bien, como observa DEL OLMO, en el ámbito de la fianza hay un mayor apoyo a la teoría dualista que defiende el ejercicio sucesivo o subsidiario de ambas e incluso hay un sector notable que defiende la teoría unitaria<sup>156</sup>. Incluso es posible encontrar alguna sentencia que apoye la teoría unitaria, y, como veremos más adelante, la posición jurisprudencial es un tanto equívoca a este respecto en el contexto del concurso del deudor<sup>157</sup>.

---

derivado de la pérdida de la posibilidad de subrogación queda enervado en caso de que respecto del hecho causante de esa pérdida haya mediado el consentimiento o intervención del fiador; éste debe ser ajeno al hecho causante; y (iv) tampoco cabe estimar la extinción de la fianza si la pérdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal (como en el caso de la extinción de la garantía por efecto de su activación o ejercicio en un procedimiento de ejecución para obtener con el precio del remate o su adjudicación el pago de la deuda, o por su purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango - art. 692.3 LEC -)".

<sup>152</sup> CASTILLA BAREA, "Artículo 1852", cit., p. 12724. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 259.

<sup>153</sup> Ibid., pp. 273-274.

<sup>154</sup> Ibid., p. 251.

<sup>155</sup> Ibid., pp. 251-252. En este mismo sentido, el FJ 12 de la STS 3-03-2015 (RJ 2014, 1425):

"Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, "el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador [énfasis añadido]".

<sup>156</sup> DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 331-337.

<sup>157</sup> Por ejemplo la SAP Pontevedra 4-12-2008 (AC 2009, 191).

En todo caso, la teoría unitaria trae un problema que, aunque presente en el ámbito del pago de tercero, es especialmente evidente cuando el *solvens* es un fiador: hasta qué punto va a poder el mismo beneficiarse de la subrogación. Como hemos visto, la acción de reembolso del artículo 1838 CC es más extensa que la subrogación en el crédito pagado, de modo que solo el apartado primero del citado artículo incluye lo efectivamente satisfecho al acreedor, mientras que el resto de conceptos nacen *ex novo*, lo cual genera dudas acerca de si la subrogación solo complementa dicha partida o si se extiende sobre todas estas partidas<sup>158</sup>. La primera posición resulta más deseable dado que teniendo en cuenta que la subrogación busca permitir que el *solvens* pueda reclamar lo que el acreedor originario hubiese podido exigir, no parece razonable que sus beneficios se extiendan sobre partidas a las que este último no tuvo acceso<sup>159</sup>. Además, partiendo de la accesoriedad de la fianza y de la idea de que el fiador no se puede obligar a más que el deudor, no resulta lógico que el *solvens* pueda reclamar a un segundo fiador independiente que garantiza el crédito satisfecho partidas que excedan de la cuantía del mismo<sup>160</sup>.

#### **4. Cargas del fiador *solvens***

El Código Civil impone una serie de cargas al fiador cuyo incumplimiento podrá llevar a la limitación o incluso a la pérdida de sus expectativas de regreso.

##### **4.1. Notificación al deudor**

Los artículos 1840 y 1842 CC buscan favorecer que el fiador notifique al deudor su intención de pagar al acreedor, y posteriormente que se ha producido el pago, para que el deudor pueda así informarle de las excepciones que tiene contra el acreedor, ya que de lo contrario el deudor podrá oponerle dichas excepciones<sup>161</sup>. Evidentemente, la notificación deberá ser realizada antes del pago y deberá esperarse un tiempo prudencial antes de pagar que permita al deudor responder e informarle de las excepciones que

---

<sup>158</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1838”, cit., p. 12613. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 338-339.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 339. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 60-61.

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp. 60-61, 85.

<sup>161</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1840”, cit., EDERSA p. 228.

tenga a su disposición<sup>162</sup>. No sería necesaria dicha notificación si el deudor no tuviese excepción alguna<sup>163</sup>. Tampoco lo sería si este último ya conocía el requerimiento de pago<sup>164</sup>. Si el obligado principal, pese a haber sido notificado o pese a conocer por alguna otra vía la intención de pagar del fiador, no le informa de las excepciones o solo le informa de algunas, perderá la posibilidad de oponer al fiador todas las excepciones no notificadas, si bien no tendrá por qué notificar las excepciones puramente personales o las que el deudor no pudiese oponer al acreedor<sup>165</sup>.

Del mismo modo, si el garante no opone las excepciones que se le han informado o que conocía de alguna otra manera, el deudor podrá oponerle las mismas en la vía de regreso<sup>166</sup>. Por el contrario, si a pesar de oponer las excepciones notificadas sigue siendo obligado a pagar, el deudor no podrá posteriormente oponerle aquellas que hubiesen resultado infructuosas<sup>167</sup>. Si el fiador se queda sin posibilidad de regreso como consecuencia del ejercicio fructuoso de las mismas por el deudor existe cierto debate acerca de si podrá reclamar al acreedor la devolución de lo pagado indebidamente o por el contrario tiene que soportar las consecuencias de dicho pago, y existe debate similar acerca de qué sucede si es el deudor el que paga al *solvens* tras haber omitido la notificación de alguna excepción que tuviese a su disposición<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1840”, cit., pp. 12634-12636. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 362-363.

<sup>163</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1840”, cit., pp. 12637-12638.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 12635. En el mismo sentido, el FJ 4 de la STS 24-11-1992 (RJ 1992, 9370):

“En la sentencia impugnada se afirma que el demandado «tenía conocimiento de la existencia de la reclamación formulada por el Banco contra el actor», conclusión a la que se llega valorando la confesión judicial del señor O., hoy recurrente, y de aquel hecho ha de partirse para pronunciarse en casación sobre la invocada infracción del art. 1838-3.º, por lo que sólo resta señalar que, establecido que el señor O. tenía conocimiento de la reclamación del Banco, es indiferente que ello le hubiera sido comunicado o no precisamente por los fiadores, pues la tesis contraria supondría una interpretación en exceso formalista del art. 1838-3.º, que no es aceptable; ha de perecer, en consecuencia, este motivo”.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pp. 12637-12639. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 363-364.

<sup>166</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1840”, cit., EDERSA, pp. 228-230.

<sup>167</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1840”, cit., p. 12638.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 12640-12641. CASTILLA considera que, como norma general, el fiador no podrá reclamar al acreedor el pago de lo indebido, si bien sí podrá hacerlo en ciertos casos, por ejemplo si se había condonado parte de la deuda que el garante pagó. Sobre el caso del pago por el deudor que incumplió su deber de informar sobre las excepciones, CASTILLA sí parece apoyar la posibilidad de reclamar al acreedor el cobro de lo indebido una vez haya pagado al fiador que regrese contra él. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., pp. 364-365. Estos otros autores consideran que si el fiador pagó extrajudicialmente sí se puede reclamar al acreedor el cobro de lo indebido, pero si lo hizo como consecuencia de una sentencia firme perderá dicha posibilidad “*por la fuerza de la cosa juzgada*” y el principio de preclusión procesal. Parece considerar que la misma solución es aplicable si fue el deudor el que pagó por la vía del regreso tras omitir la notificación de las excepciones existentes.

La situación resultará más complicada cuando haya varios codeudores. CARRASCO observa que si el fiador garantiza a todos ellos y no notifica a alguno de los mismos su intención de pagar, no podrá regresar contra él ni contra el resto tampoco por la parte que en virtud de la relación interna de los codeudores hubiese correspondido al mismo<sup>169</sup>. Si solo garantizase a uno o algunos de ellos, entonces solo tendrá que notificar a aquel o aquellos a los que garantizase, si bien posteriormente podría en principio subrogarse contra todos ellos<sup>170</sup>.

En todo caso, la carga de notificar la intención de pagar es de carácter dispositivo y se podrá pactar su exclusión, como sucede en el caso de las garantías a primer requerimiento<sup>171</sup>. Además, no debemos olvidar que el deudor podrá seguir oponiendo en la vía de regreso las excepciones derivadas de la relación que tenga con el fiador<sup>172</sup>.

Por su parte, el artículo 1842 CC trata sobre el supuesto en el que el fiador, habiendo pagado, no notifica dicho pago al deudor y este a su vez procede a pagar al acreedor. En este supuesto, el *solvens* no podrá regresar contra el deudor pero sí podrá reclamar al acreedor el cobro de lo indebido<sup>173</sup>. La doctrina considera que esta norma será aplicable aunque el garante haya notificado su intención de pagar si posteriormente no ha confirmado la realización del pago, si bien existe cierta duda sobre si cumplida la primera notificación la carga de estar pendiente de si se produce el pago revierte al deudor<sup>174</sup>. Podría darse el caso inverso, que el fiador pague ya habiendo pagado previamente el obligado principal. Si no se le había notificado dicha circunstancia, podría optar entre reclamar por la vía de regreso o al acreedor en virtud del artículo 1895 CC, si bien CARRASCO considera que la primera opción será subsidiaria<sup>175</sup>. Por el contrario, si hubiese sido notificado, está claro que no cabría regreso y tendría que ir en todo caso contra el acreedor<sup>176</sup>.

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 364.

<sup>170</sup> Ibid., p. 364.

<sup>171</sup> Ibid., p. 365.

<sup>172</sup> Ibid., p. 361. CASTILLA BAREA, “Artículo 1840, cit., p. 12634.

<sup>173</sup> Ibid., p. 12645.

<sup>174</sup> Ibid., pp. 12644-12645. Parece que el *solvens* sí mantendría el regreso si demuestra que el deudor conoció el pago por otra vía.

<sup>175</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, “Las relaciones...”, cit., pp. 366-367.

<sup>176</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1842”, cit., EDERSA p. 237.

En realidad nada de lo mencionado es novedoso. Ya vimos en sede de pago por tercero que la doctrina ha venido aplicando una solución idéntica a la prevista en el artículo 1842 CC al supuesto en el que el obligado paga desconociendo que un tercero pagó previamente. Además, lo previsto en el 1840 CC también se vincula al hecho de que si el tercero comunica su intención de pagar y el deudor no se opone estaríamos ante un supuesto de pago con aprobación que impediría a este último oponer las excepciones correspondientes. Es más, veíamos cómo DEL OLMO considera que un requisito fundamental para que se pueda considerar que estamos ante un supuesto de pago con ignorancia del deudor es la *absentia domini*, y que si el tercero no le notifica de su intención de pagar pudiendo hacerlo, nos encontraríamos ante un supuesto asimilado al pago con oposición<sup>177</sup>. Teniendo en cuenta el artículo 1840 CC que acabamos de estudiar y la relación de analogía que parece haber entre el pago por tercero y el pago por fiador, esta posición parece un tanto extrema, en la medida en que parece más razonable que si el tercero no notifica al deudor pudiendo hacerlo la consecuencia sea similar a la del 1840 CC, de modo que el *solvens* tendrá una acción de reembolso pero el obligado podrá oponerle las excepciones que tuviese contra el acreedor.

#### 4.2. Pago antes del vencimiento de la obligación

Por otro lado, el artículo 1841 CC establece que si el fiador paga una obligación aún no vencida, no podrá regresar contra el deudor hasta que haya vencido la misma. Efectivamente, el pago anterior al vencimiento sería en todo caso voluntario y no puede perjudicar al deudor, que aún no puede ser obligado a pagar<sup>178</sup>. El *solvens* no podrá reclamarle los gastos que le haya generado el cumplimiento anticipado ni, evidentemente, los intereses a los que se refiere el artículo 1838.2º CC<sup>179</sup>. CARRASCO considera que el obligado principal podrá oponer las excepciones nacidas después del pago pero antes del vencimiento<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 87-88.

<sup>178</sup> GUILARTE ZAPATERO, “Artículo 1841”, cit., EDERSA p. 233.

<sup>179</sup> CASTILLA BAREA, “Artículo 1841”, cit., p. 12642. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, “*Tratado de los...*”, cit., p. 367.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 367.

## 5. El fiador *in rem suam*

El fiador *in rem suam* es aquel que presta la fianza buscando proteger su propio interés, siendo un ejemplo clásico el del socio mayoritario que se presta como garante de su sociedad para favorecer así la obtención de un préstamo bajo condiciones más favorables<sup>181</sup>. Precisamente, en este supuesto la doctrina y la jurisprudencia vienen considerando que la fianza será onerosa aunque el garante no reciba una contraprestación del acreedor<sup>182</sup>. En todo caso, como vimos, es en principio irrelevante la intención del garante de cara a constituirse la fianza, por lo que la fianza constituida en su propio interés, el denominado *animus depraedandi*, seguirá siendo perfectamente válida, si bien puede tener consecuencias.

El hecho de que la garantía se haya perfeccionado en interés del propio fiador quiere decir que el énfasis debe pasar de proteger los intereses de este a proteger los del acreedor<sup>183</sup>. Esto se manifiesta en el hecho de que esta fianza será solidaria, ya que el beneficio de excusión carece de sentido cuando los intereses y posiciones del deudor y garante se encuentran mezclados<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Ibid., p. 100.

<sup>182</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5144. FJ 5 de la STS 7-05-1987 (RJ 1987, 3182): "[...]por lo que respecta al problema de su gratuidad, aparte de la inexistencia de probanza al efecto, tal extremo no puede sostenerse en razón a la explícita declaración que figura en la cláusula 15.ª de la Póliza, sobre la onerosidad del afianzamiento, *sin que pueda olvidarse la participación que la Fundación tenía en el capital de la sociedad beneficiaria, ya que ello es revelador del mutuo y doble interés que tanto una como otra tenían que tener en el buen fin del contrato crediticio*, [énfasis añadido] [...]"

<sup>183</sup> CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 100. En la jurisprudencia podemos ver ejemplos de este razonamiento, por ejemplo en el FJ5 de la STS 21-05-2009 (RJ 2009, 3029), que concluye que cuando el fiador sea administrador de la sociedad deudora la prórroga concedida por el acreedor a esta última no extinguirá la fianza.

<sup>184</sup> Ibid., p. 100. COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5193. FJs 3 y 4 de la STS 2-12-1988 (RJ 1988, 9287):

"[...] pero cuando como en el caso presente -como en otros muchos, como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por Sentencias de 7 de julio y de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988\5581 y RJ 1988\6693)-, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza, viene en definitiva y en alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, *pierde ese carácter de accesoriidad «strictu sensu» con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes* [énfasis añadido], para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, pueda el que ha arrastrado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

Más controvertida es la cuestión de si cabe o no regreso por el *solvens* en este caso. Una primera posición descarta la posibilidad de regreso, y más genéricamente, considera que desaparecen todos los efectos que tiene la fianza en la relación entre el deudor y fiador<sup>185</sup>. Otros consideran que no habrá ninguna especialidad en lo referido al regreso respecto de la regla general, por lo que los artículos 1838 y 1839 CC serán perfectamente aplicables al fiador *in rem suam*<sup>186</sup>.

Por su parte, GALICIA defiende la equiparación de este supuesto al del tercero que paga con oposición, de modo que no se subrogará en el crédito y que el reembolso será el previsto en el artículo 1158.III CC y no en el 1838<sup>187</sup>. Como hemos visto, la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria no parece compartir completamente esta última posición, considerando que si bien aquel garante que presta fianza y paga con oposición del deudor tendrá que acudir 1158.III CC, se podrá subrogar en todo caso en el crédito en virtud de los artículos 1839 y 1210.3º CC, que no discriminan en atención a la actitud del obligado principal<sup>188</sup>. En sentido contrario, GALICIA mantiene que la subrogación es un “premio” que se reserva a aquel que ha obrado de buena fe como mandatario del

---

CUARTO.-*La sentencia recurrida, con concienzudo y razonado acierto* ha sabido remarcar esas circunstancias que por lo específicas, hacen declinar la propugnada aplicación del artículo 1844-3 del Código Civil en su singular reglamentación de la fianza ordinaria y trasladarlas a la solidaridad ya prevenida en el artículo 1822-2 [énfasis añadido] del mismo Cuerpo legal, que contiene la dosis justa de equidad para evitar el enriquecimiento de quien de no hacerlo así se beneficiaría de una situación de pago resuelta por otro cofiador en trance de estar vencido dos años el préstamo, tomado como deudora principal por una sociedad de la que eran únicos socios precisamente los cinco fiadores solidarios, renunciando a los privilegios que la accesoriedad común proyecta sobre los garantes y que por intereses y gastos verían multiplicarse la responsabilidad contraída; y no se diga de la deudora principal tiene una personalidad jurídica distinta de los socios con el fin de poner de relieve esa accesoriedad de la fianza común, pues es sabido que de hecho en la realidad del tráfico mercantil esa «comunicabilidad patrimonial» entre el ente mercantil y sus socios -poco socios-, se perfila como una posibilidad tangible a través de las «membranas» sutiles de la contabilidad que permiten esas operaciones osmóticas por cuyo conocimiento y en prevención de posibles fraudes fiscales se reglamenta el rendimiento entre la sociedad y los socios por el «régimen de transparencia» [...], lo que arguye en pro y con base en el artículo 3-1 del Código Civil ya invocado, en interpretar las leyes en su conjunto y con vista de la realidad social en que han de ser aplicadas”.

<sup>185</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5201. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., pp. 100, 333-334. La posición de CARRASCO no está del todo clara, ya que si bien admite que “deja de tener sentido que el legislador o el intérprete se preocupen por garantizar o tutelar el ejercicio de la vía de regreso del fiador frente al deudor, pues ambos coinciden materialmente”, contradictoriamente, sí que aprecia que el crédito del fiador contra el deudor sería subordinado en caso de concurso de este último, apreciación que presupone la existencia de una vía de regreso. Posteriormente parece concluir que sí tendría la acción de reembolso pero que probablemente no decida ejercerla, si bien será libre para hacerlo, aunque respecto de este ejercicio sugiere que “en cada caso concreto [habrá] que investigar si los derechos se ejercitan o no contra la buena fe”.

<sup>186</sup> COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., p. 5201.

<sup>187</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 114-115.

<sup>188</sup> DEL OLMO GARCÍA, *Pago de...*, cit., pp. 344-347. COLÁS ESCANDÓN, "La fianza civil...", cit., pp. 5204-5205. BERROCAL LANZAROT, "La fianza mercantil...", cit., p. 177. STS 18-12-1997 (RJ 1997, 8819).

deudor o como un diligente gestor de negocios del mismo, pero dicho beneficio le queda vedado cuando el primero le excluye de su esfera jurídica mediante su oposición o cuando está actuando en su propio y exclusivo interés<sup>189</sup>. En efecto, el legislador limita las posibilidades de regreso a aquel que actúa contra la prohibición del deudor, concediéndole no el reembolso de los artículos 1158.II y 1838 CC, sino una acción de repetición cuyo contenido se limita al enriquecimiento injusto sufrido, lo cual en realidad supone una mejora respecto de los antecedentes al CC, que no le reconocían posibilidad de regreso alguna<sup>190</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, parece contradictorio que el legislador quiera por un lado “sancionar” al *solvens* en este caso, por mucho que sea fiador, y por otro le premie con la subrogación en el crédito satisfecho y todos sus accesorios, poniéndole en una posición similar a la del mandatario y gestor de negocios<sup>191</sup>.

## V. LA CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO DEL FIADOR *SOLVENS* EN CASO DE CONCURSO DEL DEUDOR

Un supuesto que generará especiales problemas al fiador es la insolvencia y declaración de concurso del deudor, situación que en virtud del artículo 1831.3º CC le hará perder el beneficio de excusión y que presagiará una reclamación inminente del acreedor.

Una duda que se surge en el ámbito del concurso del obligado principal es qué sucede con el crédito de regreso del fiador *solvens*. Partiendo de la tesis dualista que, como hemos visto, domina en la jurisprudencia, la respuesta parece sencilla en lo que a la subrogación en el crédito satisfecho respecta. Efectivamente, el artículo 263.2 de Texto Refundido de la Ley Concursal<sup>192</sup> establece que, una vez subrogado el fiador, el crédito recibirá la calificación inferior entre las que hubiese correspondido al *solvens* o al acreedor original<sup>193</sup>. Esta regla es claramente perjudicial para el garante, de modo que cierto sector de la doctrina la ha criticado por su “*falta de ecuanimidad*”<sup>194</sup>. Por ello, ha

---

<sup>189</sup> GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 114-116.

<sup>190</sup> *Ibid.*, pp. 71, 112.

<sup>191</sup> *Ibid.*, pp. 71, 87.

<sup>192</sup> En adelante TRLC.

<sup>193</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Concurso y créditos con garantía personal”, en GARCÍA-CRUCES, Jose Antonio (dir.), *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 641.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 641-642.

habido propuestas que buscan paliar los efectos negativos que tiene la aplicación de esta norma. Así, se ha considerado que, si el fiador se tomó la molestia de reforzar su crédito con alguna garantía real, podrá el mismo conservar la calificación de privilegiado aunque el acreedor hubiese tenido una calificación menor<sup>195</sup>. También se pueden encontrar autores que defienden que el presente precepto se aplicará solo cuando la subrogación se dé como consecuencia de un pago posterior al inicio del concurso, pero no cuando se hubiese producido antes<sup>196</sup>.

Otra cuestión más problemática es la de determinar qué sucederá con el derecho de reembolso *ex novo* que nace con el pago. En efecto, en la presente teoría dualista, el hecho de que se distingan como dos posibilidades distintas la subrogación y el reembolso quiere decir que la norma prevista en el artículo 263.2 TRLC no será aplicable a esta última acción<sup>197</sup>. En la medida en la que el pago se haya producido antes del inicio del concurso, no habría ninguna especialidad respecto del resto de acreedores concursales, el fiador simplemente tendría que comunicar su crédito y este sería calificado conforme las normas previstas en el TRLC<sup>198</sup>.

Las verdaderas dudas surgen cuando el pago se haya producido después del inicio del concurso. Como veíamos, el derecho de reembolso es un derecho nuevo que nace en el momento del pago, pero nos encontramos con que el TRLC no prevé la posibilidad de reconocer como concursales aquellos créditos que hayan nacido con posterioridad a dicho momento<sup>199</sup>. Por el contrario, estos créditos posteriores sí podrían ser reconocidos como contra la masa en caso de estar comprendidos dentro de alguno de los apartados del artículo 242 TRLC. En este sentido, el artículo 242.9º TRLC establece que serán contra la masa “*Los [créditos] que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo*

---

<sup>195</sup> Ibid., pp. 642-643.

<sup>196</sup> VEIGA COPO, Abel, “Los acreedores con garantía personal: De la fianza y avalista a la garantía adicional de un patrimonio”, en VEIGA COPO, Abel (dir.) y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel (coord.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 157-194, pp. 182, 184.

<sup>197</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Concurso y...”, cit., pp. 644-645.

<sup>198</sup> ALONSO NUÑEZ, Manuel José, “La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizados con fianza (1.ª parte)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 754, 2016, pp. 709-736, p. 723. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, “Fianza, concurso y exoneración de deudas”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 44, 2018, pp. 33-98, pp. 36-37.

<sup>199</sup> Ibid., p. 36. ALONSO NUÑEZ, Manuel José, “La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizado con fianza (2ª parte)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2016, 1181-1228, p. 1210.

*del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso*". Si bien es cierto que, como hemos visto, son partes del contrato de fianza el acreedor y el fiador, por lo que no habría en este sentido obligaciones recíprocas entre este último y el deudor, también hemos apreciado que en la medida en la que la fianza se constituya con la aprobación del deudor existirá un mandato entre estos dos sujetos<sup>200</sup>. Desde este punto de vista, si se considerase que la obligación que tiene en virtud de los artículos 1728 y 1729 CC el deudor-mandante de reembolsar al fiador-mandatario por la ejecución del encargo, en este caso consistente en salir en garantía del mandante y pagar en caso de que no lo haga, es sinalagmática entonces podría argumentarse que dicho crédito de reembolso se ajustaría a las exigencias del artículo 242.9º TRLC. Esta es, no obstante, una posición que ha sido rechazada por la doctrina y jurisprudencia, que niegan que exista dicho sinalagma<sup>201</sup>.

Por tanto, habiendo visto que los créditos de reembolso nacidos después del inicio del concurso no pueden en principio ser reconocidos como créditos concursales ni tampoco son créditos contra la masa, surge la duda de si el fiador puede tratar de hacer efectivo su derecho en el concurso. Algunos autores concluyen que el fiador solo tendrá la opción de subrogarse en el crédito satisfecho<sup>202</sup>. Por el contrario, la posición mayoritaria sostiene que el crédito de reembolso será reconocido como contingente, y que una vez se produzca el pago se extinguirá el crédito concursal del acreedor y pasará a reconocerse como pleno el del *solvens*<sup>203</sup>. Lo cierto es que esta solución no es del todo deseable, ya que los artículos 261 y 262 TRLC reconocen como contingentes aquellos

---

<sup>200</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Concurso y...", cit., p. 627. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 356.

<sup>201</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Concurso y...", cit., p. 629. MARTÍNEZ rechaza la existencia de esta relación bilateral, si bien admite el fundamento de la acción en el mandato, apreciando que "No es lo mismo bilateralidad que corresponsabilidad [...], y parece que para la aplicación del artículo 84.2.6º LC [equivalente al actual 242.9º] es necesario nexo causal e interdependencia entre las obligaciones de las partes contractuales". CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 356. En la jurisprudencia, podemos encontrar posiciones contrarias en la STS 26-03-2012 (RJ 2012, 5270) en su FJ 3: "La reciprocidad, convertida en determinante del ámbito de aplicación de los artículos que se dicen infringidos, no es calidad atribuible al derecho de la fiadora al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada [...]"

<sup>202</sup> ALONSO NUÑEZ, "La comunicación y el... (parte 2)", cit., pp. 1193, 1200. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Concurso y...", cit., pp. 618-619, 643. Por el contrario, si el acreedor principal no hubiese comunicado su crédito este sector doctrinal sí considera que el fiador podrá hacerlo, que se reconocerá como contingente.

<sup>203</sup> Ibid., pp. 1193, 1200. CARRASCO PERRERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, "Tratado de los...", cit., p. 356. En la jurisprudencia menor, la SAP Pontevedra 1-03-2013 (JUR 2013, 128059) FJ2, y la SAP Pontevedra 4-12-2008 (AC 2009, 191) FJ3. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "Fianza, concurso...", cit., pp. 37-40.

créditos que sean litigiosos o estén sujetos a condición suspensiva, siendo este segundo supuesto al que se refiere la doctrina, mientras que el crédito de reembolso, como decíamos, nace con el pago. Por tanto, conceptuarlo como un crédito previo sujeto a una condición suspensiva, de modo que existe de antemano pero que tiene una cuantía indeterminada y no se puede cobrar hasta que pague el fiador, no es del todo acertado, en este sentido, ALONSO, que por otra parte sí defiende la posición descrita, admite que “solo impropiaamente se puede hablar de condición suspensiva”<sup>204</sup>. En definitiva, admitir el reconocimiento del crédito de reembolso del garante como contingente es una suerte de parche que, si bien no es totalmente correcto desde un punto de vista teórico, resulta preferible a privarle del mismo y dejarle tan solo con la posibilidad de subrogarse.

Algo similar sucedería en el caso del pago parcial. De esta manera, si hubiese habido un pago parcial antes del concurso, se reconocerían dos créditos al garante, un crédito concursal pleno por el importe de lo que hubiese pagado y uno contingente por lo que aún le queda por pagar<sup>205</sup>. Sin embargo, los artículos 264 y 437 TRLC establecen que en la medida en la que el acreedor no se haya visto satisfecho completamente, podrá no solo solicitar el reconocimiento de su propio crédito sino también el del crédito de regreso del *solvens* en su favor, cobrando el mismo hasta que se vea íntegramente satisfecho<sup>206</sup>. Alcanzado este punto, el garante podría pasar a cobrar el regreso que le correspondiese<sup>207</sup>.

Como afirmábamos al principio, todo lo anteriormente expuesto sobre la calificación del crédito parte del presupuesto de que subrogación y reembolso son opciones alternativas, tal y como mantiene la tesis dualista mayoritaria en la jurisprudencia. Sin embargo, llegados a este punto, resulta chocante descubrir que la jurisprudencia en el ámbito concursal da un inesperado giro y parece pasar a mantener la teoría unitaria<sup>208</sup>. Así, por ejemplo, la STS 25-05-2012 (RJ 2012, 6543) establece en su FJ3: “Dicha calificación en el concurso 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

---

<sup>204</sup> ALONSO NUÑEZ, “La comunicación y... (parte 2)”, cit., p. 1200.

<sup>205</sup> ALONSO NUÑEZ, “La comunicación y... (parte 1)”, cit., p. 723.

<sup>206</sup> ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “Fianza, concurso...”, cit., pp. 42-46. ALONSO NUÑEZ, “La comunicación y... (parte 2)”, cit., pp. 1204-1209.

<sup>207</sup> Ibid., p. 1209.

<sup>208</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Concurso y...”, cit., p. 645.

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”<sup>209</sup>. Esto, a su vez, también apoya la tesis que previamente manteníamos de que la subrogación solo se extiende sobre la cuantía efectivamente pagada a la que se refiere el artículo 1838.1º CC. De forma aún más clara recoge la aplicación de la tesis unitaria en caso de concurso del obligado principal la SAP Pontevedra 4-12-2008 (AC 2009, 191), posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, en su FJ3: “Desde la perspectiva de la Ley concursal puede decirse que está condenada al fracaso la pretendida distinción entre la acción de reembolso del art. 1838 CC como diferenciada de la acción de subrogación del art. 1839 CC, pues de los preceptos concursales citados cabe deducir que no existen dos acciones de regreso sino sólo una, la de reembolso con subrogación”<sup>210</sup>.

Si aplicásemos la teoría unitaria, surgirían nuevas cuestiones: ¿debe calificarse el crédito del *solvens* conforme el artículo 263.2 TRLC, siguiéndose las normas propias de la subrogación? o, por el contrario, ¿es un derecho *ex novo* que por tanto debe ser calificado sin tener en cuenta la calificación que hubiese correspondido al acreedor original? A pesar de que la primera posición puede traer problemas que ya mencionaremos más adelante, la segunda supondría vaciar de contenido al artículo mencionado. A este respecto, la ya citada STS 25-05-2012 (RJ 2012, 6543), que confirma la Sentencia recurrida, parece mantener la primera posición y señala en su FJ1 que “En las dos instancias el repetido derecho de la fiadora contra la deudora afianzada fue calificado como subordinado, por dos razones que, ordenadas, son las siguientes:

---

<sup>209</sup> En jurisprudencia más reciente podemos encontrar la teoría unitaria plasmada en la STS 16-01-2020 (RJ 2020, 814), entre otras. Su FJ2 afirma:

“A estos efectos, el derecho del fiador 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 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) [Curiosamente aquí el Tribunal Supremo parece mantener que la subrogación también se extiende sobre los intereses previstos en el apartado 2º del 1838].

[...] El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, 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* [énfasis añadido]”. En términos similares, el FJ2 de la STS 3-02-2020 (RJ 2020, 125).

<sup>210</sup> El Tribunal Supremo también se expresa en términos similares en sentencias como la STS 2-03-2021 (RJ 2021, 914), FJ2.

(1ª) el crédito era el mismo que el de la acreedora principal, al haberse subrogado la fiadora en su posición como consecuencia del pago - artículo 1839 del Código Civil-; y (2ª) en todo caso, merecía el crédito tal calificación, por resultar la "menos gravosa para el concurso" - artículo 87, apartado 6, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio-". El hecho de que dicha sentencia mantenga la tesis unitaria y, por tanto, reconozca que en todo caso se producirá la subrogación, supone que la regla del 263.2 LC, sucesor del 87.6 de la ley anterior, se aplicará en todo caso<sup>211</sup>. Por su parte, el FJ 4 de la STS 8-06-20 (RJ 2020, 1570) concluye: "Es cierto que, con carácter general, como prescribe el art. 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. *Pero un supuesto como el presente en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subroge en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del art. 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial [énfasis añadido].* Es por ello que el primer incidente, tal y como ya advirtió la Audiencia al conocer del recurso de apelación, sólo tenía eficacia legal respecto del reconocimiento del crédito como contingente, de forma que la clasificación debía hacerse con posterioridad, al ejecutarse la garantía. Por esta razón no se ha infringido el art. 97.1 LC, sino que nos hallamos ante un supuesto previsto, por una parte, en el art. 97.3.4º LC y, por otra, en el art. 97.4.3º LC." Por tanto, viene a confirmar que el crédito de reembolso se reconocerá inicialmente como contingente, pero que, una vez pague, dicho crédito pasará a ser pleno y a subrogarse en los accesorios del crédito satisfecho, siendo por tanto de aplicación el artículo 263.2 TRLC, sucesor del 87.6 de la Ley Concursal del 2003 al que se refiere la citada sentencia.

---

<sup>211</sup> Por su parte, la SAP León 18-06-2009 (AC 2009, 1456), establece en su FJ2:

"Sin embargo, como razona la Sentencia apelada el sentir mayoritario en la doctrina y en las resoluciones de los tribunales a la hora de aplicar el art. 87.6, la interpretación ajustada al sentido y finalidad de la norma es la aplicación en sus propios términos cuando el fiador, estando especialmente relacionado con el deudor, pague la deuda y sustituya a la persona del acreedor principal, consiguiendo por medio del instituto de la subrogación (art. 1.839 del C.C ) eludir la subordinación a que está afectado el crédito (art. 92.5 y 93 de la Ley Concursal), en estos casos si será de aplicación el inciso segundo del art. 87.6 y el crédito será reconocido como subordinado. *Es decir, que la calificación como menos gravosa para el concurso sólo opera en el caso de que el fiador se haya subrogado en la posición del acreedor una vez realizado aquel el pago [énfasis añadido]*". De nuevo, si no cabe una acción de reembolso ajena a la subrogación por encontrarse ambas acciones fusionadas, siempre sería de aplicación dicha norma al regreso del garante.

Por otro lado, el hecho de que la subrogación solo se extienda sobre la partida del apartado primero del artículo 1838 CC también nos puede hacer dudar sobre si el anteriormente citado precepto del TRLC es aplicable al resto de partidas de la acción de reembolso. Desde luego, no parece razonable fraccionar el crédito del *solvens* en dos partes con calificaciones distintas, por lo que lo más lógico es que dichas partidas tuviesen la misma calificación que la primera. Por el contrario, ALONSO mantiene que las partidas de los tres siguientes apartados del artículo 1838 CC conformarán un crédito postconcurzal que, por tanto, solo se podrá cobrar una vez haya finalizado el concurso, lo cual en la práctica parece condenar al *solvens* a la pérdida de dichas partidas<sup>212</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Del estudio realizado sobre las opciones que tiene el tercero *solvens*, ya lo sea en sentido estricto o un fiador, podemos extraer una serie de conclusiones. Hemos podido observar que esas opciones son en realidad dos: ejercer un derecho de regreso *ex novo* que nace en el momento del pago o subrogarse en el crédito satisfecho.

- I. En primer lugar, la acción de regreso podrá ser una acción de reembolso, si ha concurrido la aprobación del deudor o si desconocía la conducta del *solvens*, en cuyo caso se podrá reclamar tanto lo efectivamente pagado como los daños y perjuicios sufridos, o, si se hubiese opuesto el obligado principal, una acción de repetición que solo le permitirá reclamar aquello en lo que se haya enriquecido dicho deudor. Estas tres posibilidades serían, en definitiva, la acción contraria de mandato, la acción contraria de gestión de negocios y la acción de enriquecimiento injusto. De esta manera, se da lo que la doctrina ha denominado un escalonamiento del derecho de regreso: si hay aprobación será el deudor-mandante el que asuma las consecuencias del pago que autorizó, si hubo ignorancia el contenido del regreso será similar y habrá una presunción de utilidad que podrá ser destruida con la oportuna interposición de las excepciones que tuviese el *dominus negotii*, y si hubo oposición tendrá una acción de contenido más reducido y además no habrá una presunción de utilidad en favor del *solvens*.

---

<sup>212</sup> ALONSO NUÑEZ, “La comunicación y... (parte 2)”, cit., p. 1196.

- II. En segundo lugar, la subrogación podrá, a su vez, ser de dos tipos, convencional, si es acordada por el acreedor y el *solvens*, o legal, si concurre alguno de los supuestos previstos en el Código. En sede de fianza el garante contará en principio con el beneficio de una subrogación legal en todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, aunque hemos visto que esto ha sido discutido.
- III. En tercer lugar, existe igualmente un gran debate en torno a la interacción entre estas dos opciones. La tesis mayoritaria, apoyada por el Tribunal Supremo, parece ser la dualista, que mantiene la posibilidad de ejercer las mismas de forma sucesiva o incluso subsidiaria. Sin embargo, un sector notable de la doctrina, especialmente en el ámbito de la fianza, sostiene la teoría unitaria, que defiende la fusión del regreso y la subrogación de tal manera que el *solvens* contará con un derecho de regreso reforzado por los accesorios del crédito satisfecho.
- IV. En cuarto lugar, hemos podido comprobar que la regulación que ofrece el Código Civil en sede de pago por tercero y en sede de fianza es similar en lo referido al resarcimiento del tercero o fiador que haya pagado. Efectivamente, la doctrina parece haber extendido algunas de las soluciones previstas para la fianza al ámbito del pago por tercero, como la previsión de que, si paga el deudor, desconociendo que el fiador ha pagado antes, y repite el pago, será el garante y no el obligado principal el que tenga que reclamar el cobro de lo indebido.
- V. En quinto lugar, hemos estudiado en particular el supuesto especialmente controvertido del fiador *in rem suam*. Respecto de las posibilidades de regreso del mismo, existen tres posiciones: los que niegan que exista especialidad alguna respecto del régimen general previsto para el fiador *solvens*; los que le niegan posibilidad alguna de regresar; y la tercera posición, que parece ser la más acertada, que equipara el supuesto al pago con oposición del deudor. A su vez, esta última hace resurgir las divisiones que existen en la doctrina sobre si el que paga con oposición del deudor merece subrogarse en el crédito satisfecho o no.

- VI. Por último, las dudas que ya existen sobre las opciones del fiador *solvens* se multiplican cuando el deudor contra el que pretende regresar se halla en concurso de acreedores, de modo que surge el problema adicional de cómo calificar el crédito del garante. El TRLC no ofrece una respuesta clara al respecto, por lo que la doctrina y jurisprudencia han recurrido a considerar que cuando el pago se produzca después de la declaración de concurso el derecho de regreso, que en el momento de la declaración no habrá nacido, deberá ser reconocido como contingente, solución que no nos parece del todo acorde a la naturaleza del derecho de reembolso. Además, si el pago es tan solo parcial, el acreedor podrá aprovecharse de dicho derecho hasta que su crédito se vea íntegramente satisfecho. Por otro lado, la jurisprudencia inexplicablemente da un giro notable y pasa a mantener la teoría unitaria en este específico ámbito, contradiciendo su propia posición sobre cuál es la relación entre el regreso y la subrogación.

## VII. FUENTES

### 1. Bibliografía

-ALONSO NUÑEZ, Manuel José, “La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizados con fianza (1.<sup>a</sup> parte)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 754, 2016, pp. 709-736.

-ALONSO NUÑEZ, Manuel José, “La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizado con fianza (2.<sup>a</sup> parte)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2016, 1181-1228.

-ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, “Fianza, concurso y exoneración de deudas”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 44, 2018, pp. 33-98.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Artículos 1158 y 1159”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVI, vol. 1º. Artículos 1156 a 1213 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1980, pp. 18-49.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Artículos 1158 y 1159”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 165-180.

-BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La fianza mercantil: características, utilidad y problemática”, en MARQUÉS MOSQUERA, Cristina (coord.) y CÁMARA ENTRENA, Blanca de la (coord.), *Las garantías en el Derecho mercantil. Problemática Actual*, Fundación Notariado, Madrid, 2021, pp. 157-208.

-CASTILLA BAREA, Margarita, “Artículos 1822 a 1856”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo IX.*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 12462-12743.

-CARRASCO PERRERA, Angel, CORDERO LOBATO, Encarca y MARÍN LÓPEZ, Manuel J., *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I*, Thomas Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

-DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.

-DEL OLMO GARCÍA, Pedro, “El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. III, pp. 1407-1417.

-GALICIA AIZPURUA, Gorka, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

-GALICIA AIZPURUA, GORKA, “Pago por tercero de deuda ajena realizado con ánimo *depraedandi*. (A propósito de la STS de 26 de mayo de 2011).”, en ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio (coord.), CUENA CASAS, Matilde (coord.) y ORTEGA

-DOMÉNECH, Jorge (coord.), *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

-GALICIA AIZPURUA, Gorka “El cumplimiento y el incumplimiento del contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), MORALEJO IMBERNÓN, Nieves (coord.) y QUICIOS MOLINA, Susana (coord.), *Tratado de contratos. Tomo I*, Editorial Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2020, pp. 1427-1432.

-GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, KARRERA EGIALDE, Mikel Mari y DE MIGUEL HERNANDO, Diego, “El contrato de fianza”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX. Contratos de financiación y de garantía*, Thomas Reuters Aranzadi, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 285-373.

-GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículos 1822 a 1856”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIII. Artículos 1822 a 1886 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1979, pp. 1-351.

-GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Artículos 1822 a 1856”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1781-1858.

-HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, “Los créditos contra la masa”, en GARCÍA-CRUCES, Jose Antonio (dir.), *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 321-320.

-MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Artículos 1158 y 1159”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8483-8503.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Concurso y créditos con garantía personal”, en GARCÍA-CRUCES, Jose Antonio (dir.), *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 611-655.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, “Elementos de la obligación”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, pp. 89-98.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, “Cumplimiento de las obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, pp. 49-59.
- REYES LÓPEZ, María José, “Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, nº 1, 1988, pp. 153-222.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, “La fianza”, en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (coord.), *Curso de Derecho Civil II Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, 2021, pp. 581-596.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Artículos 1209 a 1213”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), SALVADOR CODERCH, Pablo (dir.), *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 310-319.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Artículos 1209 a 1213”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVI, vol. 1º. Artículos 1156 a 1213 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1980, pp. 660-677.
- VAQUERO PINTO, María José, “Artículos 1209 a 1213”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8944-8974.
- VEIGA COPO, Abel, “Los acreedores con garantía personal: De la fianza y avalista a la garantía adicional de un patrimonio”, en VEIGA COPO, Abel (dir.) y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel (coord.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 157-194.

## **2. Jurisprudencia**

- STS 29-05-1984 (CENDOJ ROJ 1200/1984).
- STS 7-05-1987 (RJ 1987, 3182).
- STS 2-12-1988 (RJ 1988, 9287).
- STS 24-11-1992 (RJ 1992, 9370).
- STS 18-12-1997 (RJ 1997, 8819).
- STS 8-05-2002 (RJ 2002, 4048).
- STS 3-02-2009 (RJ 2009, 1361).
- STS 21-05-2009 (RJ 2009, 3029).
- STS 26-03-2012 (RJ 2012, 5270).
- STS 25-05-2012 (RJ 2012, 6543).
- STS 3-03-2015 (RJ 2014, 1425).
- STS 8-07-2014 (RJ 2014, 3731).
- STS 16-01-2020 (RJ 2020, 814).
- STS 3-02-2020 (RJ 2020, 125).
- STS 12-11-2020 (RJ 2020, 4565).
- STS 2-03-2021 (RJ 2021, 914).
- SAP Pontevedra 4-12-2008 (AC 2009, 191).
- SAP León 18-06-2009 (AC 2009, 1456).
- SAP Pontevedra 1-03-2013 (JUR 2013, 128059).