

# Subrogación del cofiador que paga la deuda afianzada en la preferencia que correspondía al crédito principal frente a los cofiadores

Comentario a la STS de 11 junio 2004 (RJ 2004, 3831)

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla*

---

## *Civil*

*Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán*

*TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: procedencia: derecho de regreso del cofiador que paga la deuda afianzada frente a sus cofiadores: subrogación en la preferencia que correspondía al crédito principal sobre el documentado en póliza de fecha posterior, aunque limitada a la parte correspondiente al resto de los cofiadores.*

En la Villa de Madrid, a once de junio de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de La Rioja, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 76/1996, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro (Logroño), sobre ejercicio de tercería de mejor derecho, el cual fue interpuesto por Don Íñigo y Doña Virginia, representados por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio Aguilar Fernández, en el que es recurrida Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en adelante Caja Madrid, representada por el Procurador Don Jesús Iglesias Pérez. Por escrito de fecha 4 de febrero de 2000, y por «lapsus calami», se rectifica y se tiene por representante procesal de Caja Madrid al Procurador Don Francisco José Abajo abril.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Don Íñigo y Doña Virginia, contra Caja Madrid, «Embutidos Riojanos SA», Don Humberto y Doña Marisol, sobre acción de tercería de mejor derecho.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho «... dicte sentencia por la que estimando íntegramente esta demanda, por la que se declare:

a) La preferencia legal y el mejor derecho de mis mandantes –Don Íñigo y Doña Virginia– a cobrar su crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja de fecha 29 de enero de 1990 que mis mandantes abonaron y en la que se subrogaron en la cuantía de 14.701.302 pesetas y ello con prioridad a Caja Madrid ejecutante en los Autos 121/95 de ese Juzgado sobre los bienes de los ejecutados “Embutidos Riojanos SA”, Don Humberto y Doña Marisol.

b) La preferencia legal y el mejor derecho de mi mandante –Doña Virginia– a cobrar los dos créditos

derivados de la escritura pública de fecha 24 de julio de 1991 otorgada ante el Notario de Haro Don Palmacio López Ramos, en cuantía de 1.500.000 pesetas cada uno de ellos, con prioridad a Caja Madrid ejecutante en los autos 121/95 de ese Juzgado sobre los bienes de los ejecutados Doña Marisol y su esposo Don Rafael, demandado a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642).

c) Declarar consecuentemente, el derecho de mis representados, a que de la sumas obtenidas en su caso de la venta mediante subasta por los bienes embargados a los demandados ejecutados en los Autos número 121/95 de ese Juzgado, se extraigan las correspondientes a los créditos de la parte actora, anteriormente indicados, para pago a los mismos con preferencia a Caja Madrid.

d) Condenar a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas que se causen».

Admitida a trámite la demanda, por la demandada Caja de Madrid, contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia por la que, desestimando parcialmente la demanda formulada por Don Íñigo y Doña Virginia declare la preferencia de los hoy actores, a ser reintegrados solo y exclusivamente en la cuantía de 7.350.651 pesetas con cargo a los bienes que son objeto de realización en el presente procedimiento».

Igualmente por los demandados Don Humberto y Doña Marisol, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado: «... dictando en su día sentencia por la que se desestime dicha demanda de tercería de mejor derecho, con imposición de las costas a la parte actora».

La entidad «Embutidos Riojanos SA» está en situación de rebeldía.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Vernis Delgado en nombre y representación de Don Íñigo y Doña Virginia, contra la entidad Caja de Madrid, la entidad «Embutidos Riojanos SA», Don Humberto y Doña Marisol, debo declarar y declaro la preferencia legal y el mejor derecho de los actores a cobrar la cantidad de 7.350.651 pesetas del crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja de fecha 29 de enero de 1990 con prioridad a Caja Madrid ejecutante en los Autos 121/1995 que se siguen en este Juzgado sobre los bienes de la entidad «Embutidos Riojanos SA» y Sr. Rafael y Sra. Virginia; declarar la preferencia legal y el mejor derecho a cobrar los dos créditos derivados de la escritura pública de fecha 24 de julio de 1991, otorgada ante Notario, en la cuantía de 1.500.000 pesetas cada uno de ellos, con prioridad a Caja de Madrid ejecutante en los Autos 121/1995 que se siguen en este Juzgado sobre los bienes de los ejecutados Sra. Marisol y Sr. Rafael, demandado a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642); declarar por ello, el derecho de los actores a que de las sumas obtenidas de la venta de los bienes embargados a los demandados ejecutados en los Autos 121/1995, se extraigan los correspondientes créditos de la parte actora, para pago de los mismos con preferencia a la entidad Caja de Madrid, condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, todo ello sin expresa imposición de las costas».

SEGUNDO.—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de La Rioja, dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Milagros Vernis Delgado, en representación de Don Íñigo y Doña Virginia, contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 1996, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Haro, en el juicio de menor cuantía número 76/96, del que dimana el presente rollo de apelación número 70/96, la que debemos confirmar y confirmamos.

Todo ello con imposición de las costas causadas en este recurso de apelación a la parte apelante».

TERCERO.—El Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en representación de Don Íñigo y Doña Virginia, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

I. Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), por infracción del artículo 1924, en relación al artículo 1839 del Código Civil (LEG 1889, 27).

II. Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1822, en relación al artículo 1839 del Código Civil.

III. Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1844 del Código del Código Civil y la doctrina jurisprudencia aplicable al mismo, en relación los artículos 1822 y 1137 del Código Civil.

CUARTO.—Admitido el recurso de casación formulado y evacuando el traslado conferido, el Procurador Don Francisco Javier Abajo abril, en representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en adelante Caja Madrid, presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: «... dictando en consecuencia sentencia por la que, desestimando el recurso de casación que impugnamos mediante el presente escrito, interponga a los recurrentes las costas causadas, declarando la pérdida de los depósitos constituidos».

QUINTO.—No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de junio de 2004 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—La cuestión litigiosa sometida a resolución del presente recurso de casación ha quedado reducida, en función del ejercicio de la tercería de mejor derecho contenida en la demanda, a la determinación de la preferencia de póliza de préstamo emitida por Caja Rioja en fecha 21 de enero de 1990 frente a póliza de préstamo de Caja Madrid de fecha 6 de octubre de 1992; y a tal efecto hay que tener en cuenta los procedimientos seguidos:

Juicio ejecutivo número 225/95 ante el Juzgado de primera instancia de Haro, instado por Caja Rioja contra «Embutidos Riojanos SA», Don Humberto, Doña Marisol y los demandantes del presente procedimiento, Don Íñigo y Doña Virginia. En este procedimiento la actora ejecutaba la póliza de préstamo de fecha de 21 de enero de 1990, que por importe de 20.000.000 de pesetas había suscrito con «Embutidos Riojanos SA» (deudora) y que fue avalada por los referidos demandantes y los otros dos referidos demandados. Llevada a cabo la diligencia de requerimiento de pago y embargo sólo y exclusivamente con los actuales demandantes, éstos abonaron en fecha 29 de mayo de 1995 las sumas de 13.954.805 pesetas de principal y 746.497 pesetas de intereses, costas y gastos. En fecha 1 de junio siguiente se realizó una comparecencia en el Juzgado, donde la actora Caja Rioja daba cuenta del pago referido, y los actuales demandantes que lo habían efectuado solicitaban la subrogación por el pago y como avalistas en los derechos y obligaciones que en virtud de la póliza de referencia ostentaba su titular Caja Rioja.

Juicio declarativo de menor cuantía número 257/95 ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro interpuesto por los presentes demandantes contra «Embutidos Riojanos SA», Don Humberto y Doña Marisol. Los demandantes reclamaban los importes abonados (un total de 14.701.302 pesetas) tanto a la mercantil deudora como a los cofiadores solidarios, siendo estimada íntegramente la demanda en primera y segunda instancia; adquiriendo firmeza con posterioridad a la presente demanda de tercería.

Juicio ejecutivo número 121/95 ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro instado por Caja Madrid contra «Embutidos Riojanos SA» y Don Humberto y Doña Marisol. En este juicio la entidad actora, ejecutando la póliza de préstamo de fecha 6 de octubre de 1992, trabó embargo sobre los bienes de los codemandados Don Humberto y su referida esposa, cuya subasta se anunció en el Boletín Oficial de la Rioja de 14 de octubre de 1995, señalándose las subastas para los días 1 de diciembre de 1995 y 3 de enero y 5 de febrero de 1996.

Inmediatamente a la celebración de la tercera subasta, donde la ejecutante Caja Madrid se adjudicó los bienes embargados, esto es, el 5 de febrero de 1996, se ha presentado por Don Íñigo y Doña Virginia, demanda de tercería de mejor derecho contra Caja Madrid, «Embutidos Riojanos SA», Don Humberto y Doña Marisol, en lo que ahora únicamente interesa la solicitud de preferencia a cobrar su crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja de fecha 29 de enero de 1990, en virtud del pago y subrogación ya referidos sobre los bienes de los ejecutados, por lo que interesaban se declarara su derecho a que de las sumas obtenidas en la venta mediante subasta por los bienes embargados a los demandados ejecutados en el juicio número 121/95 se extraigan las correspondientes a los créditos de la parte actora, anteriormente indicados, para pago a los mismos con preferencia a Caja Madrid.

Caja Madrid se personó y contestó a la demanda solicitando la declaración de la preferencia de los

actores sólo y exclusivamente a la cuantía de 7.350.651 pesetas (sin que se discuta ahora la oposición entonces formulada por los codemandados en la tercería).

En sentencia dictada en primera instancia se declaró la preferencia y el mejor derecho de los actores a cobrar la cantidad de 7.350.651 pesetas del crédito derivado en la póliza de préstamo de Caja Rioja, de fecha 29 de enero de 1990, con prioridad a Caja Madrid ejecutante en los autos número 121/95; y por ello declaraba el derecho de los actores a que de las sumas obtenidas de las ventas de los bienes embargados a los demandados ejecutados se extrajeran los correspondientes créditos de la parte actora para pago de los mismos con preferencia a Caja Madrid.

Contra esta sentencia formularon recurso de apelación únicamente los demandantes de la tercería de mejor derecho, y por la Audiencia Provincial de la Rioja se confirmó íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

Contra esta última sentencia han formulado recurso de casación los demandantes y únicamente se ha opuesto a dicho recurso la demandada Caja Madrid.

SEGUNDO.—El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), por infracción del artículo 1924 en relación al artículo 1839, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27).

El segundo con el mismo amparo por infracción del artículo 1822, en relación al artículo 1839 del Código Civil.

El tercero y último se articula igualmente por infracción del artículo 1844 del Código Civil y doctrina jurisprudencial aplicable al mismo, en relación a los artículos 1822 y 1137 del mismo Código.

Los recurrentes sostienen que si bien del tenor de la resolución recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, se deduce como incuestionable la preferencia de la póliza de 29 de enero de 1990 por aplicación del artículo 1924 del Código Civil, la cuestión controvertida son los efectos de la subrogación en los derechos y obligaciones, al haber procedido los demandantes al pago al acreedor, Caja Rioja. Sin embargo, en la sentencia recurrida se sostiene que la subrogación se produce no desde la fecha de la póliza de crédito sino desde la fecha del pago, es decir, desde 29 de mayo de 1995, reduciendo la preferencia a la cantidad concedida que se ha señalado, en atención a la aplicación del artículo 1839 del Código Civil. Es decir, en la sentencia se sostiene que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1839 del Código Civil frente al deudor principal y a lo regulado en el artículo 1844 del mismo texto legal en relación a los cofiadores.

El artículo 1839 del Código Civil, en su párrafo primero, dispone que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

El artículo 1844 del Código Civil, en su párrafo primero, dispone que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

En lo que aquí importa, es preciso destacar que la demandada Caja Madrid, oponente en este recurso de casación admite el mejor derecho derivado de la póliza otorgada por Caja Rioja sobre la otorgada por ella misma, pero atiende, como lo hace la sentencia recurrida, al pago y a la subrogación correspondiente y a la fecha de ésta, que es posterior a la fecha de la póliza por ella otorgada, en contraposición a la otorgada por Caja Rioja que es anterior. Y en virtud de esta admisión, reduce la preferencia al derecho de los demandantes que señala el artículo 1844 respecto a los demás fiadores, en el sentido de poder reclamar de cada uno de ellos la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer y sostiene, como la sentencia recurrida, que la subrogación en los derechos por el pago tiene toda su alcance frente al deudor principal (en este caso «Embutidos Riojanos SA» y no frente a terceros, como lo sería la opositora Caja Madrid).

Ni la sentencia recurrida, ni la Caja demandada, que parcialmente se opone a la tercería niegan la preferencia del crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja, de fecha 29 de enero de 1990 respecto al crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Madrid de fecha 6 de octubre de 1992. Y por imperativo del artículo 1212 del Código Civil (LEG 1889, 27) también hay que admitir, en principio, que el pago efectuado por el tercerista, en su condición de fiadores, a favor de Caja Rioja por el crédito derivado de la referida póliza contra «Embutidos Riojanos SA» implica no el nacimiento de un derecho

de retorno a favor de los mismos a partir del pago, sino la subrogación que les transfiere el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.

Sin embargo, de lo expuesto no puede deducirse por su literalidad la conclusión de los recurrentes en el sentido de que adquirieron por el pago el mejor derecho al cobro de lo abonado contra los demás fiadores. Y no puede admitirse esta conclusión porque los demás fiadores no pueden ser considerados como terceros. La subrogación expuesta implicaría, en su caso, el mejor derecho que hoy se discute para el supuesto de que los bienes embargados a favor de Caja Madrid hubieran sido propiedad del deudor, es decir, «Embutidos Riojanos SA». Por el contrario, es de todo punto razonable la conclusión de la sentencia recurrida, pues de admitir la tesis de los recurrentes se trasladaría la obligación de los fiadores a los demás, quedando exentos de todo cumplimiento los recurrentes.

Establecida la solidaridad en la confianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso del artículo 1844, sino también se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor y cofiadores solidarios (artículo 1145), sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues precisamente el artículo 1210.3º ya prevé este efecto (confusión parcial en la titularidad acreedora y deudora), y que no puede exigirse de los mismos sino su parte y no el todo de cualquiera de ellos como acreedor. La solidaridad es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros. En suma, la acción del artículo 1844 no elimina la subrogación. Pero el mejor derecho del fiador que hubiere abonado el crédito sólo puede predicarse del derecho que realmente tenga, es decir, de la parte correspondiente contra el resto de los fiadores, ya que no tiene el derecho al reintegro de la totalidad de lo abonado a cargo de estos últimos.

Por todo lo expuesto, los motivos no pueden ser estimados.

Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), procede la imposición del pago de costas causadas en este recurso a los recurrentes con pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Don Íñigo y Doña Virginia, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, de fecha 10 de marzo de 1998, con imposición del pago de costas de este recurso a los recurrentes y pérdida del depósito constituido.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Clemente Auger Liñán, Román García Varela, Jesús Corbal Fernández. Rubricado.

PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

#### COMENTARIO

#### SUMARIO

##### I. INTRODUCCIÓN

##### II. EL PRIVILEGIO ES UNA CUALIDAD ACCESORIA DEL CRÉDITO

##### III. PAGO HECHO POR UN TERCERO INTERESADO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

- a) Planteamiento de la cuestión
- b) Pago hecho por el fiador. Subrogación en la preferencia que tuviera el acreedor para el cobro íntegro de lo pagado en caso de embargo de un bien del deudor

#### IV. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE FIADORES

1. Introducción
2. Pago hecho por el cofiador. Subrogación en la preferencia que tuviera el acreedor para el cobro frente a los cofiadores, aunque por la cuantía que resulte de deducir su parte de deuda

### I. INTRODUCCIÓN

Se celebra un contrato de préstamo entre la entidad bancaria Caja Rioja y la mercantil deudora Embutidos Riojanos SA instrumentado en póliza con fecha 21 enero 1990, con fianza solidaria de cuatro personas físicas (dos de ellas demandantes ahora en tercería, las otras dos demandadas); instado juicio ejecutivo por la entidad acreedora, se abona por los cofiadores don Iñigo y doña Virginia la suma de unos catorce millones de pesetas aproximadamente. Interpuesto nuevo juicio ejecutivo por Caja Madrid contra Embutidos Riojanos y don Humberto y doña Marisol en 1995, en virtud de una póliza de préstamo de fecha 6 de octubre de 1992; se traba embargo sobre los bienes de los codemandados don Humberto y doña Marisol (cofiadores de la póliza anterior), interponiendo demanda de tercería de mejor derecho los otros dos cofiadores don Iñigo y doña Virginia pidiendo que se declare su mejor derecho a cobrar su crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja de fecha 29 de enero de 1990, en virtud del pago y subrogación efectuados en 1995. Contestada la demanda, Caja Madrid solicita la declaración de la preferencia de los actores sólo y exclusivamente en la cuantía de deuda de la que son responsables los cofiadores codemandados. El JPI estima parcialmente la demanda, sólo en la citada cantidad; la AP confirma íntegramente la sentencia. El TS no da lugar al recurso interpuesto por los terceristas. Para la Sala, establecida la solidaridad en la cofianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso sino también se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor y cofiadores solidarios, sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues el mejor derecho del fiador que hubiere abonado el crédito sólo puede predicarse del derecho que realmente tenga, es decir, de la parte correspondiente contra el resto de los fiadores, ya que no tiene el derecho al reintegro de la totalidad de lo abonado a cargo de estos últimos.

En el presente litigio resulta incuestionable, admitido además por las partes, la preferencia de la póliza de Caja Rioja de 29 enero de 1990, sobre la de Caja Madrid de 6 octubre 1992, por aplicación del art. 1924.3 CC. Esta norma concede preferencia a los créditos que, sin privilegio especial, consten en escritura pública o por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán prelación entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

Se trata como dice Díez PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Madrid 1993, pg. 771) de una norma «de difícil comprensión, que constituye una derogación del principio de *par condicio creditorum*, mediante una instauración del principio *prior tempore potior iure* totalmente contradictorio con aquél», cuyo fundamento se ha querido ver «en el hecho de que, cuando un crédito aparece en escritura pública o es objeto de sentencia judicial favorable, se encuentra contrastada su certidumbre como tal crédito y, además, su fecha o antigüedad poseen un carácter fehaciente que los hace oponibles a terceros». En este sentido la STS 6 junio 1996 (RJ 1996, 4821), así como las de 30 octubre 1978 (RJ 1978, 4058); 19 octubre 1981 (RJ 1981, 3808); y 19 noviembre 1988 (RJ 1988, 8612).

No obstante, a juicio de Díez PICAZO (1993, 771), la veracidad del crédito no es absoluta en ninguno de ambos documentos, ni impide que el acreedor demandado en la tercería oponga la excepción de falta de veracidad del crédito. Dicha conclusión le lleva a preconizar una interpretación restrictiva de este privilegio, que, por lo que respecta a los créditos escriturarios, viene dada por la idea de que la constancia del crédito en la escritura no debe entenderse como un puro reflejo, sino que, «dado que la razón última del privilegio es la certidumbre del crédito, debe considerarse referida a los créditos cuya existencia resulte probada con certeza por la escritura pública», excluyendo los reconocimientos de deuda. Para los créditos dimanantes de una sentencia, debe referirse a los casos en que haya existido controversia con verdadera oposición del deudor.

La Jurisprudencia, sin embargo, ha optado por una interpretación amplia, equiparando escritura pública con póliza intervenida por Corredor de Comercio, y otorgando privilegio a las sentencias de remate recaídas en juicio ejecutivo. Se excluyen de la equiparación las actas notariales de protesto por letras de

cambio. *Las pólizas de préstamos intervenidas o expedidas por Corredor de Comercio se equiparan a la escritura pública de constitución de préstamo*, según la STS 13 junio 2000 (RJ 2000, 4412), (GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «Tercería de mejor derecho. Privilegios generales. Eficacia de la preferencia del crédito anotado preventivamente en el registro de la propiedad. Comentario a la STS de 13 junio 2000 (RJ 2000, 4412)», *RdP*, Aranzadi, 2002-1, núm. 8, pgs. 421 a 430); para la STS 8 mayo 2001 (RJ 2001, 7380) «*equiparadas las escrituras públicas a las pólizas intervenidas por corredor de comercio, la preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, ...*». En idéntico sentido STS 8 mayo 2002 (RJ 2002, 679): «*... estas consideraciones se encuentran en línea con la doctrina consolidada de la Sala y que figura recogida, además, entre otras, en las sentencias antes citadas de 3 noviembre 1989 y 20 septiembre 1991 (RJ 1991, 6057), doctrina que por su consolidación ha de prevalecer, como es lógico, sobre alguna vacilante mantenida en sentencias de fechas anteriores e, incluso, contradictoria, como, por ejemplo, la de 15 marzo 1988 (RJ 1988, 1969) y la sentencia citada de 3 noviembre 1989 concreta que "como tiene declarado la jurisprudencia, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio sino la circunstancia de aparecer reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en escrituras, pólizas y sentencias y, concretamente, si es quirográfica su preferencia, o sea, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza vendrá fijada en relación a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tenga reflejo, sin deber intervenir en la naturaleza jurídica del crédito cuya preferencia se discute, otros rasgos del mismo"*». También la equiparación entre escrituras públicas y sentencias es reiterada en la jurisprudencia, como por ejemplo, STS 5 noviembre 1997 (RJ 1997, 7932).

La prelación la establece el art. 1929 CC, al disponer que estos créditos se satisfarán por el mismo orden en que aparecen enumerados en el art. 1924 CC, lo que aplicado al caso de autos, significa que los créditos quirografarios cuando concurren entre sí, tendrán la prelación que se produce por el mismo orden de las fechas de las escrituras y sentencias. Dado que el presente conflicto se particulariza en la concurrencia de dos créditos que constan en póliza, a las fechas de éstas ha de atenderse y concederse prioridad a los títulos por haber sido intervenidos por Notario o Corredor de comercio colegiado. Interesa destacar que en los contratos de préstamo rige la fecha de constitución del mismo a los efectos de su preferencia, sin que sea necesaria una posterior actividad de liquidación del saldo deudor, a diferencia de que lo que ocurre en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, para los que rige la fecha de la certificación del saldo deudor a los efectos de determinar su preferencia y prelación, pues necesitan una posterior actividad probatoria que determine exactamente el importe del saldo deudor, cuya fecha es la que se tiene en cuenta a los efectos de la tercería de mejor derecho (cfr. SAP Alicante 25 abril 2001 [JUR 2001, 167333], y STS 8 mayo 2001 [RJ 2001, 7380]). Ilustrativa la STS 18 enero 2002 (RJ 2002, 679), con cita de la doctrina de la jurisprudencia de esta sala (SS 29-10-1991 [RJ 1991, 7487], 5-12-1991 [RJ 1991, 8917], 9-7-1990 [RJ 1990, 5787] y 29-3-1994 [RJ 1994, 2306]): *en el supuesto de prelación cuando concurren pólizas de crédito con pólizas de préstamo, por ser estos últimos títulos acreditativos de entrega de dinero, rige para determinar la preferencia, la fecha de la creación del título; en cambio, cuando se trate de pólizas de crédito, la fecha determinante es la de liquidación en los términos establecidos en el art. 1435 de la LECiv, siendo efectivamente cierto, como se dice en la sentencia de 6-6-1995 (RJ 1995, 5052) que «recuerda la jurisprudencia de esta sala, según la cual, las pólizas de crédito sólo podrán hacer valer su preferencia desde la fecha de liquidación o determinación de la cantidad para que éste sea exigible, es jurisprudencia que se refiere exclusivamente a las pólizas de crédito, en que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde ordinariamente se gestiona el crédito. Pero tal determinación no es necesaria en los préstamos, que por ser tenidos ordinariamente como contratos reales, que se perfeccionan por la entrega de la cantidad prestada, son demostrativos desde la fecha de la entrega de dinero de la cantidad que el prestatario tienen obligación de devolver como principal*». La STS 27 marzo 2003 (RJ 2003, 2830) en idéntico sentido.

### II. EL PRIVILEGIO ES UNA CUALIDAD ACCESORIA DEL CRÉDITO

Privilegio es el derecho del acreedor a cobrar su crédito pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados, pero menos (LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, edición puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid 1999, pg. 279); es una facultad del crédito que integra su contenido, aunque evidentemente no forma parte del contenido de cualquier derecho de crédito, al tratarse de una facultad añadida por el legislador en determinados casos al contenido de un derecho; su contenido se traduce, en concreto, en una ventaja para su defensa que lo hace oponible frente a otro acreedor concurrente, situación

que nos remite clara y obligatoriamente a la esfera de la realización judicial del derecho y a un ámbito de tipificación por el legislador que es el que determina las causas de preferencia y, en su caso, la graduación o prelación de los distintos créditos. Regulados en los arts. 1921 y siguientes CC, encuentran su traducción procesal en la LECiv, arts. 614 a 620.

El privilegio no tiene la entidad suficiente para ser un derecho autónomo e independiente, sino que es una cualidad del mismo derecho de crédito que ostenta el acreedor. «Todo privilegio necesita, para existir, la base de un crédito, al que presta cierta eficacia específica en su defensa frente a la concurrencia, y con el cual se transmite (art. 1528 CC)» (LACRUZ y otros, 1999, 280). La Resolución de DGRN 3 abril 1998 (RJ 1998, 3564) declara que «La preferencia de un crédito es una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia de acreedores, frente al criterio general de la «par condicio creditorum» (inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1911 del Código Civil), que determinaría el reparto proporcional de los bienes del deudor entre los acreedores concurrentes (cfr. artículo 1929 del Código Civil). La preferencia creditual es, pues, una modalización del Principio de Responsabilidad Patrimonial Universal, y sólo puede operar cuando se está actuando exclusivamente dicha responsabilidad».

Por otro lado, igualmente claro es que se trata de «algo» que se caracteriza por su falta de independencia o autonomía, como lo proclama específicamente el artículo 1528 CC, a cuyo tenor «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

No hay duda de que por imperativo del art. 1528 CC ha de transmitirse conjuntamente con el crédito; lo mismo se deduce ex arts. 659 y 660 CC para la transmisión a título universal, de tal manera que las preferencias son eficaces y se pueden ejercitar por los herederos del acreedor fallecido, frente a los del acreedor ejecutante y los del deudor.

Así lo impone no sólo el principio de accesoriedad, sino también el principio de tipicidad de las causas de preferencia (GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid 2000, pg. 165), pues «habida cuenta de que está vinculado a la causa del crédito, no debe beneficiarse del privilegio un crédito en que no concurra dicha causa» (LÓPEZ PELÁEZ, *Los créditos preferentes en el Derecho español*, Madrid 2001, pg. 220). Por tanto, cualquier disposición de las partes al respecto tendrá valor entre ellas, pero no frente a otros acreedores, quienes podrán prescindir de tal estipulación y hacer efectivos sus créditos frente al contratante en pie de igualdad, o incluso con preferencia, en su caso. Sin perjuicio de que las partes puedan transmitirlo sin el privilegio –hipótesis que lo es de renuncia– o de que el cesionario o subrogado pueda renunciar a su ejercicio con la consiguiente extinción del mismo, pues al estar vinculado el privilegio con la causa del crédito, no puede beneficiarse de aquél un crédito en que no concurra dicha causa. Sí es posible que el acreedor que haya conseguido el pago en primer lugar en virtud de la preferencia para el cobro se halle obligado a entregar la suma a otro acreedor no preferente, supuesto que no es sino un caso de obligación personal asumida frente al acreedor no preferente, no de una cesión de la preferencia (LÓPEZ PELÁEZ, 2001, 224).

En el supuesto de cesión del crédito a varias personas, la preferencia corresponde a todos los acreedores cesionarios, dada su indivisibilidad, planteándose el problema de si lo son con igual derecho o rango o el titular de fecha más antigua puede excluir al posterior, decantándose LÓPEZ PELÁEZ (2001, 224) por la igualdad. Norma especial para el caso de cesión parcial es el art. 1213 CC, a cuyo tenor *El acreedor a quien se hubiese hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiese subrogado en su lugar en virtud del pago parcial del mismo crédito*, pues si bien el crédito corresponde a dos acreedores, el tercero que paga parcialmente y el acreedor inicial, sin embargo entre ellos se establece un orden, de manera que el acreedor inicial, por la parte de crédito aún no pagada, tiene derecho a cobrar antes que quien se subroga por la parte de crédito que ha satisfecho y pagado (LÓPEZ PELÁEZ, 2001, 229).

Con carácter más técnico, SANCHO REBULLIDA delimita el límite subjetivo de la preferencia que establece este precepto (SANCHO REBULLIDA, «Comentarios al artículo 1213 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia. Tomo II, Madrid 1993, pg. 318) advirtiendo, como hacía GARCÍA GOYENA, que el privilegio o preferencia se reserva sólo al acreedor parcialmente satisfecho, de manera que «si después éste subroga a un nuevo *solvens* por el resto, ninguno de los dos subrogados tendrá preferencia sobre el otro y ambos concurrirán en las mismas condiciones para el cobro de sus respectivos créditos». Pone como ejemplo el siguiente: «Si *Primus* debe 1.000 a *Secundus*, y *Tertius* paga, de ellos, 800, subrogándose por esta cuantía en el crédito, el restante crédito -por valor de 200- de *Secundus* será preferido al

de *Tertius*; pero si, entonces, *Quartus* paga a *Secundus* esos 200 y se subroga en este resto de su crédito, deja de ser preferente; el crédito de *Quartus* no es preferente al de *Tertius*».

«En cambio, si se tratara de subrogaciones sucesivas (pago parcial, por otro tercero, al anterior *solvens* que se ha subrogado parcialmente en el crédito), tendrá preferencia, por el resto subsistente de su crédito, dicho primer *solvens* (pospuesto, sin embargo, al del resto del acreedor primero, parcialmente pagado por él), respecto al crédito del nuevo *solvens*» (SANCHO REBULLIDA, 1993, 318). Aclara el supuesto también con un ejemplo: Si del crédito de 1.000 que ostentaba *Secundus* frente a *Primus*, *Tertius* le paga 800 subrogándose en esta parte del crédito, el resto por valor de 200 del crédito de *Secundus* es preferente al de 800 de *Tertius*; pero si *Quartus* paga 500 a *Tertius*, subrogándose en su crédito por esa cuantía, el resto del crédito de *Tertius*, por valor de 300, es preferente al de 500 de *Quartus*, aunque el de 200 de *Secundus* sea, a su vez, preferente al de *Tertius*.

Así pues, la subrogación en el crédito por virtud del pago hecho por un tercero, transfiere al acreedor subrogado todos los derechos anexos al crédito que ostentaba el acreedor a quien pagó contra el deudor y los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas, según el art. 1212 CC; entre esos derechos anexos, no cabe duda que se encuentran las causas de prelación o preferencia, en los mismos términos que regían para el acreedor subrogado. De ahí la SAP Pontevedra 11 mayo 1994 (AC 1994, 964): «... en virtud de tal pago se subrogó en el crédito hipotecario dimanante de la escritura de préstamo hipotecario pasando a ocupar la posición del primitivo acreedor... con sus mismos derechos, garantías y excepciones. Y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 1210.3º del CC, que presume legalmente la subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor, “cuando dicho tercero, no interesado en la obligación pagase con la aprobación expresa o tácita del deudor” y que lleva como consecuencia que el tercero que paga pasa a ocupar la posición del acreedor originario (artículo 1212). En conclusión, cabe decir que el aludido demandante de tercería, goza ahora de un crédito hipotecario realizable, más antiguo y preferente sobre los bienes hipotecados, que el que pudiera ostentar la aludida Caja como consecuencia de una anotación de embargo preventivo acordada en el procedimiento ejecutivo ...».

En el caso de que se subroga en la posición del primitivo acreedor un cofiador solidario, supuesto resuelto por la presente sentencia, como dice la Sala la fecha que determina la preferencia es la misma que ostentara el acreedor, pero de ejercitarse el mejor derecho a cobrar sobre bienes embargados a los cofiadores, el cofiador que pagó el crédito sólo puede reclamar la parte que les corresponda, deducida la que a él mismo le correspondía como tal deudor.

### III. PAGO HECHO POR UN TERCERO INTERESADO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

#### a) Planteamiento de la cuestión

Sostienen los terceristas recurrentes que si bien del tenor de la resolución recurrida, confirmatoria de la de primera instancia se deduce como incuestionable la preferencia de la póliza de 29 de enero de 1990 por aplicación del artículo 1924 del Código Civil, la cuestión controvertida es la de los efectos de la subrogación en los derechos y obligaciones, al haber procedido los demandantes al pago al acreedor, Caja Rioja. Así es, en efecto. La parte acreedora instante del procedimiento de ejecución principal, codemandada en la acción de tercería de mejor derecho, Caja Madrid, admite el mejor derecho derivado de la póliza otorgada por Caja Rioja sobre la otorgada por ella misma, pero reduce la preferencia al cobro a la cuantía que señala el art. 1844 CC, en el sentido de poder reclamar de los cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer pues la subrogación en los derechos por el pago sólo desplegaría todo su alcance si se hubieran embargado bienes del deudor principal (en este caso Embutidos Riojanos, SA), lo que no ha ocurrido en el presente caso.

La interpretación de los recurrentes, para sostener su mejor derecho al cobro de la total cantidad pagada por ellos a Caja Rioja es que la sentencia que recurren, si bien admite la subrogación, al reducir la cuantía de la preferencia solicitada (7.350.651 pesetas, en lugar de 14.701.302 pesetas, importe íntegro de lo pagado) hace que los efectos de aquélla se produzcan no desde la fecha de la póliza de crédito sino desde la fecha del pago (29 de mayo de 1995) como si fuera una acción de reembolso; afirman literalmente que «en la sentencia se sostiene que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1839 del Código Civil frente

al deudor principal y a lo regulado en el artículo 1844 del mismo texto legal en relación a los cofiadores», frase que resume en lo básico el núcleo de su argumentación.

El motivo de casación no prospera, pues una cosa es que haya de atenderse a la fecha de la póliza para determinar preferencia del tercero que paga, como se hace por el juzgador *a quo* y no a la del pago, y otra cosa distinta es la extensión o cuantía de su mejor derecho a cobrar, que varía según quién sea el sujeto pasivo afectado por el privilegio, si el deudor principal o los cofiadores, pues el derecho de crédito que ostenta el tercerista sobre aquél y éstos no es idéntico en ambos casos. El concepto está claro para la Sala, pues «*ni la sentencia recurrida, ni la Caja demandada, que parcialmente se opone a la tercera niegan la preferencia del crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Rioja, de fecha 29 de enero de 1990 respecto al crédito derivado de la póliza de préstamo de Caja Madrid de fecha 6 de octubre de 1992*». No cabe entender otra cosa, pues «*por imperativo del art. 1212 CC hay que admitir que el pago efectuado por el tercerista, en su condición de fiador, a favor de Caja Rioja por el crédito derivado de la referida póliza contra "Embutidos Riojanos SA" implica no el nacimiento de un derecho de retorno a favor de los mismos a partir del pago, sino la subrogación que les transfiere el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas*».

Para aclarar los puntos principales de las argumentaciones vertidas por las partes y por la doctrina de la Sala, hay que plantear los aspectos principales que se abordan, que en nuestra opinión se reducen a los efectos del pago hecho por un fiador en relación con el privilegio que ostentara el acreedor satisfecho y pagado, el contenido de su derecho y la situación en el caso de que sean varios los fiadores organizados en régimen de solidaridad.

Uno de los posibles intereses o razones por las cuales una persona distinta del deudor interviene en la obligación y lleva a cabo el cumplimiento es que el *solvens* sea, él mismo, un partícipe en la relación obligatoria y soporte alguna responsabilidad que en una cierta medida es personal suya. Es el caso del pago hecho por el fiador. En este sentido, el fiador es un interesado en el cumplimiento de la obligación, como dice el art. 1210, o un interesado en la obligación, como hace el art. 1158 CC (cfr. Díez Pícazo, 1993, 484 y concordantes).

Como es sabido, los efectos del cumplimiento del tercero son tres: la subrogación del *solvens* en el crédito pagado; la acción de reembolso y la de enriquecimiento. El problema radica en determinar en qué supuestos procede una y otra acción. La doctrina mayoritaria entiende que la acción de reembolso es la regla general y se produce en todos aquellos casos en que el *solvens* no haya actuado al pagar contra una expresa voluntad del deudor. Mediante ella, señala Díez Pícazo (1993, 486), el *solvens* puede reclamar al deudor lo que él haya pagado, el equivalente exacto de la prestación por él ejecutada, pero su crédito nace en el momento del pago, esto es, es un crédito enteramente nuevo y distinto al que ostentaba el acreedor satisfecho y pagado en cuanto a su fecha. De ahí que, suponiendo que fuera la acción de reembolso la que procediera en el caso de autos en virtud del pago hecho por el cofiador solidario, su crédito contra el deudor principal y contra los cofiadores por la vía de regreso tendría la fecha del pago, esto es, 29 mayo 1995; siendo así que la póliza de préstamo del acreedor ejecutante era de fecha de 6 octubre de 1992, aquéllos no ostentarían un mejor derecho a cobrar sobre él, al ser su crédito de fecha posterior.

La subrogación, en cambio (Díez Pícazo, 1993, 827) realiza a favor del subrogado un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que ha sido efectuado al acreedor satisfecho. En este caso, la situación de quien lleva a cabo el desembolso se protege especialmente, porque si se le concediera una simple acción de reintegro, tendría un crédito nuevo, nacido en este instante, sin la antigüedad y los privilegios que pudiera tener el crédito satisfecho. De ahí que se trate de una medida superior en efectos a la pura acción de reembolso: el subrogado ejercita el crédito inicial que adquiere, lo ejercita con toda su integridad y con todas las facultades a él anexas como los privilegios y las garantías (art. 1212 CC).

Siguiendo a Sancho Rebullida (Lacruz-Sancho-Delgado-Rivero, *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte general. Delito y cuasidelito*, 2ª edición, Barcelona 1985, reimp. 1990, pg. 307), es comprensible que a quien paga una deuda de otro, si no lo hace con ánimo liberal, le conceda el ordenamiento derecho a recuperar el enriquecimiento aportado al deudor al cumplir por él. Pero desde Roma se concedió, en algunos supuestos específicos, a quien paga la deuda contraída por otro, algo más: el privilegio de subrogarse, quien ha pagado, en la posición de acreedor, y por tanto en las garantías y privilegios que aseguraban el cobro del crédito. El caso más notable era el del *beneficium cedendarum*

*actionum* del cofiador o codeudor solidario, que, pagando, podrían exigir al acreedor satisfecho que les cediera las acciones que le competían frente a los restantes obligados.

Nuestro CC hace posible en ciertos supuestos de deuda ajena que se produzca la subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor pagado, sin tener que contar con éste ni con el deudor. Son los del art. 1210 CC, además de establecerse taxativamente en otros preceptos, entre otros cuando paga el fiador de la deuda principal (art. 1839). El núm. 3 del 1210 CC presume la subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda. La salvedad del precepto evidencia (Sancho Rebullida, 1986, 316) que el «interés en el cumplimiento de la obligación» no puede ser lejano, mediato o indirecto, si bien tampoco podría interpretarse a la letra, lo que dejaría reducido el precepto al caso del deudor solidario o el fiador.

#### b) Pago hecho por el fiador. Subrogación en la preferencia que tuviera el acreedor para el cobro íntegro de lo pagado en caso de embargo de un bien del deudor

Que el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor principal está claro, no sólo interpretando el art. 1210.3 CC, sino a la vista de lo dispuesto en el art. 1839.1, a cuyo tenor «*El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor*». Al reclamar la deuda al deudor principal, dispondrá de un crédito con las mismas garantías que tuviera el acreedor pagado; si ejercita tercería de mejor derecho para cobrarse con preferencia sobre el producto obtenido de la venta de los bienes embargados por un tercero al deudor principal, la fecha de su preferencia será la misma que tuviera el crédito del acreedor a quien subrogó, no la fecha del pago, y su mejor derecho a cobrar se extiende a todo el importe pagado.

En el presente caso, la garantía asumida por los hoy terceristas junto con don Humberto y doña Marisol, al cumplimiento de la deuda de «Embutidos riojanos SA», fue la de una fianza solidaria; regulada por los preceptos propios de la fianza, asentada en la causa típica de garantía, en la que el acreedor no puede desconocer que el fiador solidario no es sino un garante, éste goza de los derechos de reembolso y subrogación que aquél debe respetar, sin otra particularidad que la de no gozar el fiador del beneficio de excusión, por disponerlo así el art. 1831 CC (Delgado, 1986, 536). Como se desprende de los antecedentes, el acreedor pagado (Caja Rioja) con fecha 1 de junio realizó una comparecencia en el Juzgado, donde daba cuenta del pago referido, y los actuales demandantes que lo habían efectuado solicitaban la subrogación por el pago y como avalistas en los derechos y obligaciones que en virtud de la póliza de referencia ostentaba su titular Caja Rioja. Por su parte, la entidad acreedora instante del procedimiento principal en el que se inserta la tercería, Caja Madrid, deja entrever, si bien implícitamente, que la extensión de la preferencia que ostenta el tercerista recurrente podría haber sido del importe total de lo pagado en el caso de que se hubieran embargado bienes del deudor principal.

En todo caso, el fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste (art. 1838 CC), lo que significa que el pago hecho por el fiador satisface el interés del acreedor al cumplimiento de la obligación principal (Delgado, 1986, 515), por lo que éste pierde su derecho de crédito contra el deudor garantido; además, ese pago extingue la obligación fideiusoria y, según la opinión más común, la obligación principal no se extingue, sino que en ella queda subrogado el fiador, el cual adquiere también un derecho de regreso contra el deudor (arts. 1839 y 1840 CC). El alcance objetivo del remedio que pone a su disposición el art. 1839 lo precisa el mismo precepto al determinar que el fiador se subroga «en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor», lo que significa (Guilarte Zapatero, «Comentarios al art. 1839 CC», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1993, 1823) «que le corresponden tal y como pertenecían a aquél, con las garantías y privilegios propios de la obligación principal respecto de las que el acreedor deberá cuidar que no se pierdan (art. 1852), y beneficiándose también el fiador, frente a otros posibles acreedores, de la fecha de constitución de la obligación fiada (cfr. STS 13 febrero 1988). Incluyéndose no sólo las acciones de ejercicio directo contra el deudor o contra terceros, sino también las que indirectamente pudo utilizar para satisfacer su interés (acciones revocatoria y subrogatoria, de resolución de compraventa, tratándose de fianza que garantiza el precio de la misma, etc.)».

En las relaciones entre fiador y deudor, según opina Delgado (1986, 521), nuestro Código civil, siguiendo el modelo francés, no prevé una cesión de acciones que haya de pedirse y, en su caso, otorgarse por el acreedor (mediante «carta de lasto»), sino una subrogación automática por el mero hecho del pago. Es muy verosímil entender que el legislador francés pretendiera fundir regreso y subrogación, ofreciendo al fiador un remedio que le permitiera recuperar *iure proprio* lo pagado más intereses y gastos, con las

ventajas –ante todo, prelación y garantías– correspondientes a la obligación principal. Obvio es que dicha prelación se ejercerá, en su caso, frente a terceros, a los que alude el art. 1212 CC, entendiendo por tales aquellos que lo fueran respecto al acreedor satisfecho y pagado, que al ser acreedores también del deudor principal, tienen la garantía del patrimonio de éste para cobrar sus créditos, para en su caso, verse pospuestos en el orden de pago en caso de que el fiador que paga ejercite la preferencia en el cobro por medio de la correspondiente tercería de mejor derecho.

#### IV. LA EXISTENCIA DE UNA PLURALIDAD DE FIADORES

##### 1. Introducción

Dicho lo anterior, otra cosa es la existencia de una pluralidad de fiadores. Como señala DELGADO (1986, 541), es pacto habitual en la práctica, que suele ir unido al de solidaridad con el deudor principal, aquel en que todos los cofiadores convienen con el acreedor en organizarse solidariamente, en cuyo caso, no procede división alguna, sino que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cualquiera de los fiadores.

Esto es lo que ocurre en la sentencia que se comenta. Así, junto al plano de la solidaridad accesoria, que opera en la relación de responsabilidad frente al acreedor y deudor, por la cual renuncian al beneficio de excusión, los cofiadores al asumir esa obligación se han organizado frente al acreedor en régimen de solidaridad paritaria. Por esta forma de organización, cabe distinguir una «relación de grupo» frente al acreedor, y una relación interna, o arreglo de cuentas de los componentes del colectivo entre sí. Es este nuevo plano el que añade, a las acciones anteriores, la de poder reclamar el fiador que paga a los compañeros del vínculo la parte que a cada uno les corresponda de la obligación.

Teóricamente, dice DELGADO (1986, 541), fianza solidaria (o solidaridad del fiador o fiadores con el deudor) y cofianza solidaria (solidaridad de los fiadores entre sí) son conceptos distintos y pueden actuar por separado. Las SS. 3 junio 1968 y 25 abril 1969 aprecian, en los respectivos casos, solidaridad de los fiadores con el deudor principal, pero no entre sí, por lo que se divide la deuda, lo que demuestra la existencia en nuestro Derecho de una «solidaridad relativa» en que se distinguen grupos o grados de deudores: F1 y F2 pueden ser deudores solidarios con D, sin serlo entre sí. La inversamente es igualmente posible.

##### 2. Pago hecho por el cofiador. Subrogación en la preferencia que tuviera el acreedor para el cobro frente a los cofiadores, aunque por la cuantía que resulte de deducir su parte de deuda

Es evidente que el cofiador que paga su parte (cofianza mancomunada), o la totalidad de la deuda (cofianza solidaria), tiene derecho de reembolso y subrogación contra el deudor principal en los términos ordinarios. Pero la pregunta, núcleo de la presente sentencia es si quien paga mayor parte que la que en principio le correspondía tiene derecho a subrogarse contra sus compañeros en el vínculo de fianza.

Para Díez Pícazo (1993, 453), el art. 1844 CC se limita a decir que el fiador que ha pagado puede reclamar de cada uno de los otros cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer, con lo que parece aludir a una acción de reembolso; y añade: «resulta fácil entender que el fiador se subroga en los derechos del acreedor frente al deudor garantizado, pero es más difícil explicar que un cofiador se subroga frente a los cofiadores en los derechos del acreedor pagado», porque «su derecho tenía un contenido distinto (al del acreedor), que arranca de la diferente posición que ocupa». La respuesta a la pregunta es afirmativa para otro sector doctrinal, y para el TS.

El art. 1844 CC, en términos idénticos a los que se pronuncia el art. 1145 en sede de solidaridad de obligaciones, confiere una acción de regreso: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer». En el supuesto de que sean varios los deudores organizados en régimen de solidaridad, el que de ellos paga se subroga en los derechos del acreedor; en tal caso, la obligación solidaria se extingue, aunque frente a sus compañeros en el vínculo subsiste la acción de regreso. De ahí que embargado un bien del codeudor solidario por un tercero acreedor, puede ejercitar tercería de mejor derecho el que pagó pretendiendo su mejor derecho, y en su caso, vencer en la misma, ostentando a estos efectos la misma preferencia y prelación que tuviera el crédito del acreedor a quien pagó. Pero

lógicamente, su mejor derecho a cobrar no será ya la total cantidad de la deuda, sino la parte de la que el demandado responde, sin que pueda exigir nunca la de los demás codeudores, ni incluir la suya propia; en idéntico sentido, de haber sólo dos codeudores solidarios, deberá deducir la parte confundida por su doble cualidad de acreedor y deudor en parte de la misma prestación, lo que es lo mismo que decir, en otras palabras, que sólo tendrá mejor derecho a cobrar sobre el acreedor instante del procedimiento principal en la medida en el codeudor demandado en la tercería sea deudor, esto es, por la parte de deuda de la que debe responder conforme a lo fijado en la relación interna de solidaridad.

Este esquema es perfectamente aplicable a la cofianza solidaria. Como señala DELGADO (1986, 521) «entre nosotros, tal es el pensamiento de GARCÍA GOYENA sobre el Proyecto de 1851: en su comentario al art. 117.3 –equivalente al art. 1210.3 CC– concede al deudor solidario que ha pagado acción contra los demás por la parte que les corresponda en la relación interna, “pero –añade– en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios e hipotecas del acreedor primitivo”».

Hasta la promulgación del Código (DELGADO, 1986, 542), únicamente podía hacer uso de la subrogación en los derechos del acreedor cuando éste le concedía carta de lasto (que jugaba lo mismo que tratándose de la subrogación frente al deudor principal) y, fuera de ello, contaba con las acciones de mandato o de sociedad, si tales relaciones le unían efectivamente a sus cofiadores. También lo pone de relieve Díez Pícazo (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Madrid 1993, pg. 451): en el Derecho Antiguo era opinión común que el fiador que había satisfecho por completo la deuda, no tenía acción alguna contra los demás fiadores y únicamente podía exigir el reintegro de lo pagado dirigiéndose contra el deudor principal. Por excepción, existía un caso en el cual podía el fiador dirigirse contra los cofiadores: cuando el acreedor pagado le había proporcionado la llamada «carta de lasto», pues en virtud de ella el acreedor hacía al fiador cesión de sus acciones. En tal caso, el fiador no actuaba en virtud de un derecho propio de reintegro que le competiera como tal fiador, sino como un cesionario del derecho del acreedor.

Nuestro CC ha venido a resolver la cuestión admitiendo la existencia de una acción de reintegro del fiador que paga frente a los cofiadores, que no elimina la subrogación. El TS lo tiene claro: «*En suma, la acción del art. 1844 no elimina la subrogación*». El art. 1844.1 dispone que «Cuando son dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la partes que proporcionalmente le corresponda satisfacer», que no es más que una aplicación de la regla general sobre la solidaridad (ex art. 1145 CC). Está de acuerdo GUILARTE («Comentarios al art. 1944 CC» cit., 1993, 1833) en que con ello el CC se aparta del criterio anterior que, por influencias de la solución romana, admitía sólo el reintegro de aquel mediante la cesión de acciones del acreedor en virtud de la denominada carta de lasto. A su juicio, el fundamento del regreso entre cofiadores radica «en la propia naturaleza de la cofianza como obligación pluripersonal de garantía, cuya relación subyacente descubre un interés común de todos los cofiadores en prestarla, del que surge el deber de cada uno de contribuir al pago de la cuota propia y de responder de su cumplimiento frente al cofiador que pagó por todos».

Para el TS, el hecho de que la acción de reintegro del art. 1844 CC no elimine la subrogación del cofiador en los derechos de aquel a quien pagó, debe entenderse «*sin que a ello sea óbice que al dirigirse contra los demás cofiadores tenga que eliminar de la reclamación la parte de la deuda que le corresponda en la obligación, pues precisamente el art. 1210.3 ya prevé este efecto (confusión parcial en la titularidad acreedora y deudora), y que no puede exigirse de los mismos sino su parte y no el todo de cualquiera de ellos como acreedor*», fundamentándolo en la solidaridad, que «*es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros*». Por ello, «*el mejor derecho del fiador que hubiere abonado el crédito (consecuencia de la subrogación en los derechos del acreedor satisfecho y pagado, y en consecuencia, en el mejor derecho, prioridad o preferencia que a éste correspondía en virtud de la fecha de la póliza del préstamo) sólo puede predicarse del derecho que realmente tenga*»; es decir, «*contra el resto de los fiadores, de la parte correspondiente, ya que no tiene el derecho al reintegro de la totalidad de lo abonado a cargo de estos últimos*»; «*establecida la solidaridad en la cofianza, el fiador que paga no sólo posee la acción de regreso del art. 1844, sino también se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor y cofiadores solidarios*» ex art. 1145 CC.

Presupuesta la subrogación del cofiador que paga en el privilegio del acreedor pagado, ese privilegio lo puede ejercitar en tercería de mejor derecho tanto si se embargan bienes del deudor principal, como de los cofiadores. Pero como la obligación interna de reembolso de los codeudores ya no es solidaria, sino

parciaria con garantía recíproca adicional (LACRUZ, 1985, 69), el codeudor (cofiador) que paga al acreedor ya no puede valerse de la solidaridad, que queda extinguida. Salvo esto, al codeudor que pagó por entero se le presume subrogado en la situación del acreedor frente a cada uno de los restantes deudores (art. 1210.3 CC), considerados ahora individualmente, pues la solidaridad se ha extinguido. Otra cosa sería tanto como admitir que en la vía de regreso el cofiador, por el simple hecho de haber pagado la deuda, pudiera reclamar a sus compañeros en el vínculo el importe total y exonerarse él mismo de su obligación de responder también en una parte de la deuda cuyo cobro preferente reclama.

Los cofiadores, demandados en tercería y sujetos pasivos del privilegio, en tanto que lo embargado son bienes de su propiedad, son deudores del tercerista en la parte de deuda que asumieron internamente al obligarse como fiadores, de ahí que el mejor derecho a cobrar sólo pueda declararse en la medida en que el sujeto activo y pasivo de la acción de tercería sean, respectivamente, acreedor y deudor. Si no fuera así y se admitiera la tesis de los recurrentes *«se trasladaría la obligación de los fiadores a los demás, quedando exentos de todo cumplimiento los recurrentes»*, como señala la Sala.

Subrogación en la preferencia del acreedor satisfecho y pagado siempre, tanto si se ejercita frente al deudor principal como frente a los cofiadores. Pero particularizada en este último caso, porque en realidad se ejercita la acción de tercería de mejor derecho para recuperar por vía interna de regreso la parte de deuda que asumieron los cofiadores.

Se trata así de una solución que aparece ya en el art. 1085 CC, que después de establecer que *«El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional»* dispone: *«Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en un cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar»*.

En definitiva, señala GULLÓN («Comentarios al art. 1212 CC», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 1993, 317), conforme al art. 1212, con la subrogación subsiste el crédito, en la titularidad del subrogado, con los derechos anejos. Esta identidad comprende también la naturaleza del crédito, en la *communis opinio*. Pero tal conservación de identidad de naturaleza parece, sin embargo, dudosa, en cuanto a la solidaridad, sea de deudores principales, sea de cofiadores. Porque cuando la subrogación tiene lugar en virtud del pago total que hace un deudor solidario, se rompe la solidaridad: el *solvens* sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda (art. 1145.2); y algo semejante parece ocurrir en la solución al pago hecho por un cofiador respecto de los cofiadores (art. 1844). De ahí que cuando la Sala afirma «los cofiadores demandados no son terceros», entendemos que quiere decir que no son aquellos a quienes se les puede oponer el mejor derecho a cobrar el importe total de lo pagado, que no son «los terceros» a los que se refiere el art. 1212 CC.

En realidad tampoco en la cofianza solidaria hay transformación de la naturaleza del crédito por el hecho de la subrogación, pues siguiendo a GULLÓN «la diferente naturaleza de las relaciones interna y externa en la solidaridad dependen de ella misma, no son efecto “transformador” de la subrogación». Por tanto, si la cofianza se había establecido con el carácter de solidaria entre los cofiadores, «el pago del todo por un cofiador, pertenece a la relación externa de la solidaridad, y el regreso contra los cofiadores, a la relación interna; no hay transformación de la naturaleza del crédito, sino juego normal del mecanismo de la solidaridad».