

PARTICIÓN HEREDITARIA Y PAGO POR LA COMUNIDAD DE UNA
DEUDA DE UNO DE LOS COHEREDEROS GARANTIZADA CON UN
BIEN RELICTO*

*PARTITION OF SUCCESSION: PAYMENT BY THE COMMUNITY OF ONE DEBT OF ONE OF
THE COHEIRESS GUARANTEED BY AN ASSET OF THE ESTATE*

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
gorka.galicia@ehu.eus

RESUMEN: A colación del supuesto de hecho de la STS (sala 1.ª) de 26 de febrero de 2016, en el que varios coherederos pagaron la deuda personal de otro cosucesor que se hallaba asegurada con una hipoteca recayente sobre un inmueble del caudal, se analizan en este trabajo tanto el régimen jurídico aplicable al fenómeno del pago por tercero de deuda ajena como la cuestión de si, en la hipótesis de referencia, es factible materializar el recobro en la partición sin necesidad de proceder a un específico regreso contra el coheredero deudor.

PALABRAS CLAVE: Partición hereditaria, deudas, pago por tercero.

ABSTRACT: In connection with the hypothesis of the High Court Sentence (1st courtroom) of February 26, 2016, in which several coheirers paid the personal debt of another cosuccessor, that was secured by a mortgage on a property of the estate, this paper analyzes the legal regime applicable to the phenomenon of payment by third party of other people's debt as the question whether, in the case discussed, it is possible to realize the recovery in the partition without proceeding to a specific return against the debtor coheir.

KEY WORDS: Partition of succession, debts, payment by third party.

FECHA DE ENTREGA: 01/04/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

· Este trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto I+D DER2014-57298-P, del Ministerio Economía y Competitividad, sobre *Fases sucesorias y protección de los acreedores*, así como en el del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC12 A IT 727-13 — *Persona, Familia y Patrimonio*).

SUMARIO: 1. Los hechos.- 2. Doctrina de la STS 26 febrero 2016.- 3. Un doble dilema jurídico.- 4. El artículo 1158 CC, la subrogación y el garante real por deuda ajena.- 5. La instrumentalización del derecho de regreso en el marco de las operaciones particionales.

1. La STS 26 febrero 2016 (RJ 2016, 763) versa sobre una cuestión polémica y de tratamiento oscuro, como es la del régimen aplicable al pago por tercero de deuda ajena y el exacto significado del artículo 1158 CC. Pero ocurre además que el supuesto de hecho de esta sentencia presenta una serie de aristas que, amén de singularizarlo, hacen que su resolución resulte algo más compleja.

En efecto, en este concreto caso, la causante había procedido a hipotecar la vivienda de su propiedad para garantizar dos préstamos tomados por uno de sus cinco hijos: el primero de 23.465,65 €, con interés remuneratorio del 16% y moratorio del 23%, y el segundo de 23.674,60 €, con idénticas tasas de interés. De dichos préstamos, según relata la sentencia, no llegó a abonarse cantidad alguna.

Ante el impago y la falta de efectivo suficiente en el caudal, la comunidad hereditaria, conformada por los cinco hijos de la causante a quienes esta había instituido como herederos universales por iguales partes, decide abonar (con la disidencia del obligado) la totalidad de la deuda pendiente una vez fallecida la hipotecante no deudora, la cual ascendía en el caso del primer préstamo a 24.166,09 € y en el del segundo, a 24.420,50 €. El importe necesario para realizar tales pagos se obtiene, a su vez, de otro préstamo que concede uno de los coherederos, aunque con carácter gratuito y plazo de devolución de un año.

El albacea contador-partidor designado en testamento por la causante elabora seguidamente cuaderno particional en el que toma en consideración todos estos elementos, de forma que termina por adjudicar el bien principal del caudal, es decir, la vivienda en cuestión, a los cuatro hijos no deudores, procediendo a incluir en el inventario una partida por el importe de la deuda saldada. Así, conforma el lote de aquellos asignando a cada uno no solo una cuota indivisa del piso, sino también un crédito frente a su hermano deudor por importe de 6.571,27 € en consideración a la parte satisfecha del préstamo obtenido para devolver los que pesaban sobre él. Sin embargo, al coheredero deudor le adjudica únicamente un crédito contra sí mismo por importe de 29.110,91 €.

Este último impugna el cuaderno particional y solicita que se rescinda por lesión al no habersele adjudicado bien o derecho alguno en la herencia de su madre. Entiende además que el inventario se ha conformado, tanto en el activo como en el pasivo, de manera errónea. Pues se ha considerado que la hipoteca que gravaba la casa aseguraba un crédito personal del actor cuando esto no era verdaderamente así: la

titularidad el préstamo era de la causante de la herencia, cuya vivienda había quedado en garantía de devolución del préstamo concedido al tener este como finalidad la rehabilitación de los elementos comunes de la misma.

En la contestación a la demanda, los coherederos se oponen y alegan que dichos préstamos que gravan el inmueble hereditario son privativos del actor, habiéndose limitado la comunidad a liberar al inmueble de tal carga real mediante la solicitud de un préstamo ventajoso, otorgado por otro coheredero, que ha permitido el pago de la deuda, la cancelación de la hipoteca y el abono de los intereses de demora nacidos como consecuencia de los incumplimientos del demandante. También formulan demanda reconvenzional solicitando que se condene al actor a abonarles la cantidad de 26.285,08 € en concepto de devolución del préstamo solicitado por la comunidad hereditaria para liberar la finca.

La sentencia de primera instancia (JPI núm. 6 de Vitoria-Gasteiz, con fecha 24 abril 2013) desestima tanto la demanda como la reconvección. Centrada la impugnación en las discrepancias sobre el activo y el pasivo, considera que el préstamo realizado por uno de los coherederos nunca puede integrar el inventario de la masa hereditaria, sino que debe computarse como un préstamo de uno de los coherederos a la misma, que en su caso el albacea podrá acrecer en la hijuela del heredero-acreedor. Pero su naturaleza de crédito contra la masa hereditaria es clara. Se tiene por acreditado que la comunidad pagó una deuda personal del actor con fondos procedentes del préstamo de uno de los coherederos y que anticipó dichas cantidades para poder liberar de cargas el único bien importante existente en el caudal y así evitar que el impago del préstamo llevara a los prestamistas a ejecutar la hipoteca en perjuicio de todos los herederos, incluido el actor. De todo ello se infiere la existencia de un crédito contra este. En definitiva, se concluye que en el inventario no debería haber figurado la cantidad que consta como crédito contra el actor, que el valor del inmueble debió haber sido de 157.893,30 € (en lugar de los 144.242,91 computados) y que al nuevo capital relicto debería haberse añadido un 3% por el ajuar doméstico y mobiliario del domicilio de la finada, de suerte que la diferencia del activo con el inventario sería de 13.030,09 €, que dividida por cinco, supondría una diferencia neta individualizada por cada heredero de poco más de 2000 €, no dándose en consecuencia los requisitos de aplicación del artículo 1074 CC al no superar la supuesta lesión el 25% del caudal relicto.

Recurrida la sentencia por ambas partes, la de segunda instancia (SAP Vitoria-Gasteiz, sección 1ª, 31 octubre 2013 [JUR 2014, 155834]) desestima el recurso de apelación de la parte demandante y estima sin embargo el de los demandados, revocando la sentencia de primera instancia en la parte en la que desestima la reconvección, pues, en efecto, condena al actor a abonar a cada uno de sus cuatro hermanos la cantidad de 6.571, 27 €. En relación con la titularidad de la deuda garantizada con la hipoteca entiende probado que la misma pertenecía exclusivamente al actor, quien ha obtenido un beneficio como consecuencia de su pago por la comunidad y sin que conste prohibición alguna para incluirlo en el inventario, ya que el artículo 1058 CC permite el pago por un tercero, ya lo autorice,

ya lo ignore el deudor, y en el segundo caso señala que quien realiza el pago podrá reclamar a este lo que hubiese pagado, aunque si existiese oposición por parte del deudor solo podrá repetir contra él aquello en que el pago le hubiera sido útil. La comunidad tenía, desde luego, interés directo en que los préstamos personales del actor no siguieran perjudicando a la masa hereditaria, por lo que los amortizó, cancelando las hipotecas que los garantizaban. Así, aunque el deudor mostrara su oposición, se encuentra legitimada para repetir contra él aquello en que le hubiera sido útil el pago, que en este caso es todo porque el inmueble que garantizaba el cumplimiento de una deuda ajena era de la comunidad, no del heredero. Estima que no es de aplicación el artículo 1159 CC porque en ningún caso se compele al deudor a subrogar al acreedor en sus derechos. La comunidad hereditaria no pretende situarse en el lugar de los terceros y actuar frente al coheredero, sino que se limita a reclamarle el importe de la deuda que libera el bien de la comunidad. Por ello puede repetir sin compeler al acreedor a la subrogación de sus derechos.

La parte demandante interpone recurso de casación que articula en varios motivos, de los que, a efectos del presente comentario, interesa destacar los dos siguientes:

a) En el primero, denuncia la infracción del artículo 1158 CC y de la jurisprudencia fijada por la STS 23 marzo 2000 (RJ 2000, 1210), al considerar a la comunidad hereditaria un tercero a efectos de pago. La sentencia de segunda instancia considera que el pago del préstamo que realizó la comunidad es un pago por tercero del artículo 1158 CC, sin tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que no reúne tal condición aquel sujeto que de algún modo resulta obligado por la relación jurídica a la que se refiere al pago. En el presente caso, la causante hipotecó su vivienda en garantía de ambos préstamos, resultando por tanto obligada en tal relación jurídica, por lo que no resulta ajustado a Derecho resolver la controversia mediante la aplicación del mencionado artículo, lo que conlleva la inexistencia del derecho de crédito que se incluyó en el activo hereditario.

b) En el segundo motivo, alega la infracción de los artículos 1158, 1210 y 1212 CC y de la jurisprudencia contemplada en las SSTS 23 julio 2007 (RJ 2007, 4704) y 18 diciembre 1997 (RJ 1997, 8819). Considera el recurrente que para el caso de que la comunidad tenga el concepto de tercero, al no existir pacto entre las partes y haber sin embargo interés del pagador y oposición del deudor, no surge el derecho de repetición del primero frente al segundo declarado por la sentencia recurrida en aplicación del artículo 1158 CC, sino un derecho de subrogación en los derechos del acreedor con las consecuencias que establece el artículo 1212 (transferencia del crédito con todos sus anexos). Sin embargo, este derecho de subrogación no ampararía la inclusión de un derecho de crédito en el activo de la herencia.

2. El Tribunal Supremo, en su respuesta casacional, desestima ambos motivos.

En cuanto al primero, porque, según el Alto Tribunal, la aplicación al caso del artículo 1158 CC es completamente procedente: no hay duda de que la hipotecante no deudora tiene la consideración de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación a los efectos de dicho precepto, posición que concurre también en los coherederos que le suceden a título universal y efectúan el pago. En esta línea, resulta perfectamente acreditado que el pago se hizo en interés de la comunidad hereditaria, ya que el mismo, facilitado por un préstamo sin interés concedido por uno de los coherederos, evitó que el inmueble (bien principal de la herencia) disminuyera su valor atendidos los elevados intereses de demora que comportaba el impago de la deuda por el actor. Pero, certificada la rectitud del pago, considera igualmente el Tribunal Supremo que tampoco cabe hacer objeción alguna a la actuación particional del albacea que incluye en el inventario de la herencia el importe satisfecho.

Pues, en efecto, ante los incumplimientos del demandante y constante ya la comunidad hereditaria, el pago realizado debe reputarse como un gasto necesario en orden a la preservación del valor del bien relicto, es decir, hecho por razón o en interés de la comunidad; gasto que, además, trae causa de los préstamos concedidos al coheredero demandante y cuyo pago también le ha sido útil y beneficioso al comportar la citada liberación de la carga. O sea: aunque no lo haya consentido, el gasto le ha sido útil y, en consecuencia, debe ser de su cargo y responsabilidad, y no de la del resto de los coherederos (arts. 1063 y 1064 CC). De ahí (como declarara la sentencia de segunda instancia) que la inclusión de este crédito en el inventario de la herencia resulte ajustada a Derecho y acorde con la naturaleza o función de las operaciones particionales, destinadas a resolver patrimonialmente el estado de indivisión de la comunidad hereditaria con el recurso a la correspondiente operación de liquidación particional del haber relicto.

Esta misma línea argumental sirve al Alto Tribunal para desestimar el segundo motivo invocado, en el que el recurrente busca justificar la exclusión del crédito de los coherederos del inventario de la herencia mediante la apelación, esta vez, al efecto de subrogación en el crédito satisfecho, efecto que, según su criterio, se derivaría del pago realizado en la hipótesis. Pues (tal y como precisa de nuevo la sentencia de la Audiencia) ese supuesto de subrogación no es aplicable al caso, en donde la comunidad hereditaria no pretende tal subrogación en el crédito pagado, ni compele a la entidad acreedora a ese fin (art. 1159 CC), sino que se limita al pago de la deuda que libera de cargas al bien y, con ello, a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado, tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 CC,

el cual reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del *solvens* que paga incluso con la oposición del deudor. Pago que, a mayor abundamiento, se realiza respecto de préstamos ya vencidos y sin posibilidad de prórroga alguna. De ahí el efecto extintivo y liberatorio de la deuda para el coheredero demandante y consiguiente nacimiento de un nuevo derecho de crédito para los restantes, los cuales, atendida su naturaleza y finalidad, instrumentalizan correctamente el pago en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado.

3. Pese a la relativa complejidad del supuesto de hecho, el doble dilema jurídico que se plantea a lo largo del presente procedimiento es nítido. Consiste en saber, primero, si el pago por los coherederos de una deuda privativa de cualquiera de ellos pero garantizada con una hipoteca recayente sobre un inmueble relicto, conforma un pago por tercero del artículo 1158 CC; y, segundo, caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, si los pagadores (cosucesores junto al deudor de una misma herencia) pueden resarcirse de la pérdida patrimonial sufrida en el mismo acto de partición de la comunidad o si, por el contrario, deben hacerlo al margen. Lógicamente, todo el esfuerzo argumental del demandante se centra en defender que en el caso no hay verdadero pago por tercero y que, aun habiéndolo, no sería procedente su liquidación en el seno del negocio jurídico particional. Antes bien, estima que esta es una cuestión que ha de quedar excluida de él, sin que en modo alguno el albacea pueda privarle de su correspondiente lote o hijuela. Pues, caso de que la comunidad merezca la consideración de tercero a estos efectos, lo que habrá en todo caso será una subrogación por parte de los pagadores en los derechos del acreedor ex artículo 1212 CC, con lo que, para cobrarse, necesariamente deberán dirigirse contra el deudor, sin que sea posible la inclusión del crédito en el inventario de la herencia.

4. Según se sabe, el artículo 1158 CC faculta para hacer el pago de una deuda a cualquier persona, “tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor”, o ya lo haga, incluso, “contra su expresa voluntad”.

De la norma sorprende ante todo la amplísima legitimación que en ella se establece, pues tanto quiere decir como que cualquier tercero tiene aptitud para cumplir. O sea, siempre que dicho tercero ofrezca al acreedor la misma prestación que debía llevar a cabo el obligado (de forma que el ofrecimiento respete los consabidos requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad respectivamente establecidos en los arts. 1166, 1157 y 1169 CC), este no podrá rehusar el pago sin incurrir en mora (*mora creditoris*). Además, el precepto lleva aparejada cual consecuencia indisoluble el que el *solvens*, caso de que el acreedor se oponga al ofrecimiento de pago, pueda recurrir al expediente de la consignación para liberar al deudor.

Este laxo criterio, frente al más restrictivo adoptado por otros códigos, se explica muy probablemente porque a su través se facilita una más pronta liquidación de las relaciones obligatorias y porque, así, el deudor experimenta una ventaja antes que perjuicio alguno. En este sentido, llama la atención que el ordenamiento francés haya pasado en su reciente reforma del Derecho de obligaciones (mediante Ordenanza nº 2016-131 de 10 febrero 2016) de una legitimación limitada (antiguo art. 1236 del *Code*) a otra irrestricta, pues, desde el 1 de octubre de 2016 (fecha de entrada en vigor del nuevo régimen), “[l]e paiement peut être fait même par une personne qui n’y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier” (art. 1342-1). No obstante, es asimismo presupuesto evidente para la aplicación de nuestro artículo 1158 CC que la prestación sea fungible, pues si el acreedor solo ha de alcanzar la satisfacción de su interés precisamente con la intervención de la persona del deudor, la pretensión de ejecución por un tercero constituirá un *aliud* que aquel podrá repudiar, tal cual explícitamente establece el artículo 1161 CC (vid. también art. 1180 del *Codice* italiano).

Esto aparte, el interviniente ha de actuar con consciencia del carácter ajeno de la deuda, según indica el artículo 1158. Pues cuando la norma exige que la *solutio* se haga “por cuenta de otro” impone, como ingrediente de su supuesto de hecho, la presencia en el tercero de un *animus solvendi debiti alieni* (STS 20 diciembre 2007 –RJ 2007, 9055-). Luego, entonces, si el *solvens* se representó equivocadamente la realidad y pagó bajo la idea de ser suya la obligación, ya no será aplicable este precepto, sino que habrá que acudir a las reglas de cobro de lo indebido (arts. 1895 y ss. CC). El regreso frente al deudor solo será factible en las hipótesis contempladas en el artículo 1899.

Si se cumplen todas estas premisas y el acreedor acepta la prestación del tercero, la deuda se extinguirá (art. 1156 CC). Pero como el obligado ha experimentado un beneficio (la disminución de su pasivo) a costa del patrimonio del pagador (STS 26 mayo 2011 –RJ 2011, 3988-), este tiene la posibilidad de regresar contra él para que le restaure la merma económica que ha padecido: “podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado”, dice literalmente el 1158.

Si se hace una interpretación al pie de esta expresión, la conclusión que se obtiene es la de que la medida y el alcance de la acción de regreso serán siempre los mismos con independencia de cuáles sean las circunstancias que hayan rodeado a la intervención del tercero. Sin embargo, una adecuada intelección de la regla exige su puesta en conexión con otros artículos del Código, interpretación sistemática de la que se deriva la crucial idea de que la extensión de la susodicha acción que el artículo 1158 CC reconoce al *solvens* frente al deudor dependerá de la relación que medie entre ambos (o de la ausencia de ella), tal y como sostiene la jurisprudencia (SSTS 21 marzo 2007 –RJ 2007, 2355-, 29 septiembre 2005 –RJ 2005, 8803- y 23 octubre 1991 –RJ 1991, 7484-). De guisa que:

Primero: si hubiese pagado con la aprobación del deudor, la acción de regreso del *solvens* tendrá en realidad la consistencia de una acción contraria de mandato, la

cual otorga al mandatario una absoluta indemnidad (arts. 1728 y 1729 CC); es decir, a través de tal acción podrá reclamarle no solo el valor de la prestación, sino también todos los gastos en los que hubiese incurrido para la ejecución del encargo y los perjuicios que hubiera podido sufrir con ocasión del mismo (incluidos, si la deuda fuese dineraria, los intereses de las cantidades anticipadas –lucro cesante-). Esto es así porque quien paga con la anuencia del obligado se convierte en mandatario suyo, de suerte que en la concisa expresión del párrafo segundo del artículo 1158 CC debe sobreentenderse implícita una remisión a los 1728 y 1729. Por otro lado, el consentimiento del deudor puede haberse manifestado en forma expresa o en forma tácita. Habrá consentimiento tácito cuando el deudor conozca las intenciones del tercero y, no obstante esto, guarde silencio (SSTS 9 octubre 2006 –RJ 2006, 8684- y 18 diciembre 1997 –RJ 1997, 8819-), ya que la buena fe exige que se pronuncie. Proclama la STS 18 diciembre 1997 (RJ 1997, 8819) que “la oposición de aquel, amén de ser expresa, debe producirse antes o en el momento del pago, pues en ese instante concreto es cuando se produce la extinción de la obligación y surgen las acciones de reembolso o de repetición del enriquecimiento en favor del tercero”. En fin, téngase en cuenta que, en esta primera hipótesis, es indiferente a efectos del regreso que el pago haya reportado o no un verdadero beneficio o utilidad al patrimonio del obligado, porque, aunque no lo hubiera (p. ej., porque la deuda estaba ya prescrita o había sido condonada), el pagador no es responsable de la errónea representación que el mandante (deudor) hizo de su propio interés.

Segundo: si hubiese pagado en la ignorancia del obligado, el *solvens* no tendrá un derecho de reembolso incondicional e irrestricto contra aquel, a pesar de que, como se ha dicho, la letra del párrafo segundo del artículo 1158 podría sugerir otra cosa. En efecto, quien paga un débito ajeno sin saberlo el deudor se erige en gestor oficioso del negocio de este (SSTS 5 marzo 2001 –RJ 2001, 2564-, 25 junio 1992 –RJ 1992, 5474- y 23 octubre 1991 –RJ 1991, 7484-), gestor que, a tenor de lo establecido en el artículo 1893 CC, solo puede repetir en la medida en que, por medio de su actuación, haya procurado una efectiva ventaja al *dominus negotii*. Expresado con otras palabras: el deudor (*dominus*) podrá enervar la reclamación que el tercero *solvens* dirija contra él si demuestra que su intervención no le fue útil o, tanto monta, que no le reportó ningún beneficio (STS 30 septiembre 1987 –RJ 1987, 6455-), lo cual sucederá, claro está, siempre que la deuda estuviese previamente extinguida (STS 18 noviembre 1998 –RJ 1998, 8412-) o cuando, sin estarlo, su exigencia por parte del acreedor fuese excepcionable (por prescripción, compensación, etc.) total o parcialmente. Ahora bien, si existiera real y verdadera utilidad (o en la medida en que la hubiere), el *solvens* podrá demandarle no solo lo que importase la obligación (es decir, “lo que hubiese pagado por el deudor”), sino todas las expensas realizadas en su interés (siempre que fuesen necesarias, es decir, siempre que en ellas hubiese debido incurrir el deudor igualmente o que, a la vista de las circunstancias, puedan estimarse indispensables) y la indemnización de los perjuicios que hubiera podido sufrir, pues tal es el alcance que el artículo 1893 CC adjudica a la *actio negotiorum gestorum* contraria que en este caso le compete y a la que necesaria e implícitamente remite el 1158. Se incluirán, por tanto, los intereses de las cantidades adelantadas por el agente, ya que constituyen reparación del lucro cesante

que ha padecido al dejar de disfrutar de ese capital. De todos modos, el deudor solo estará obligado a abonarlos en la medida de su enriquecimiento, como si, verbigracia, los intereses moratorios pactados con su acreedor fuesen inferiores a los legales aquí aplicables: deberá lo que importarían aquellos hasta el instante de su satisfacción al *solvens* y no los últimos; de otra manera, empeoraría su situación, contra la evidente voluntad del legislador.

La idea la corrobora el comentario que GARCÍA GOYENA dedicara al artículo 1099 del proyecto de 1851, antecedente del actual 1158. El precepto isabelino concedía al sujeto que satisficiera la deuda en la ignorancia del obligado la posibilidad de repetir, contra él, “lo que hubiere pagado” (el artículo, más exactamente, rezaba así: “Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación./Puede hacerse también por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor./ Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor./ En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este”). Apostillaba GARCÍA GOYENA que todo lo que se “adquiere en este caso se reduce a una acción simple contra el deudor, que por el pago quedó enteramente libre de la obligación primitiva, y *cujus negotia gessit*, según la Sección 1, capítulo 1, título 21 de este libro”, o sea, según la normativa propia de “la agencia oficiosa de los negocios ajenos” (arts. 1892 a 1894; vid. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, pp. 128 y 129). De la remisión se infiere nítidamente que, a juicio del coautor del proyecto isabelino, la extensión material de la acción de “repetición” debía medirse en función de lo establecido en dicha disciplina.

Tercero: dice el artículo 1158 en su párrafo tercero que quien pague la deuda contra la expresa voluntad del deudor “solo podrá repetir” de este “aquello en lo que hubiera sido útil el pago”. Pues bien, esta última proposición no debe entenderse en el sentido de que solo entonces podrá el deudor oponer al *solvens* aquellas excepciones que hubiera podido blandir igualmente frente al acreedor y que le hubiesen liberado total o parcialmente del pago; y ello porque tal intelección sería sistemáticamente incorrecta: a la vista está (vid. segundo supuesto) que también en las hipótesis de pago ignorado es pertinente dicha oposición. Lo que quiere significar el Código aquí con el término “útil” es otra cosa, a saber, que cuando el *solvens* haya intervenido no obstante la oposición expresa del obligado no podrá pretender que le indemnice el entero empobrecimiento patrimonial que haya padecido. Antes bien, tendrá que conformarse con que le restituya el efectivo enriquecimiento que le haya proporcionado, excluyéndose, por ende, la reparación de los perjuicios que la intervención haya irrogado al tercero y, en especial, el lucro cesante padecido (así, los intereses de la suma anticipada si la deuda era dineraria). La solución se justifica en la medida en que quien se inmiscuye en una esfera jurídica ajena con la oposición del interesado ha de hacerlo a su riesgo y ventura, sin que le cuadre la calificación de “gestor”. Hasta tal punto esto es así que el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (art. 1099) eliminaba toda posibilidad de regreso por parte de aquel sujeto que hubiese pagado *invito debitore*: “no tiene de qué quejarse”,

porque “antes bien debe presumirse que quiso donar” (ibídem). Pero si quien pagó con la oposición del deudor merece semejante trato, el mismo ha de dispensarse igualmente a quien intervino buscando su propio y exclusivo beneficio. La presencia de *animus depraedandi* descarta (es incompatible con) la concurrencia de *animus aliena negotia gerendi*, y elimina el nacimiento de cualquier deber de indemnizar por parte del *dominus*. En estos casos, es decir, cuando la actuación del gestor no sea desinteresada, “se sustituye dicha obligación por la de restituir aquello que [el dueño] hubiese obtenido como consecuencia de la gestión, que normalmente será de inferior cuantía y que se encuentra limitado al enriquecimiento ocasionado por la intervención del agente” (SÁNCHEZ JORDÁN, E.: *La gestión de negocios ajenos*, p. 133; y es que, como sostuviera GARCÍA GOYENA, solo “los actos de beneficencia deben ser libres y favorecidos” –ibídem-). En tal marco encajaría, por ejemplo, el caso de aquella sociedad limitada que se constituye con el único propósito de pagar débitos ajenos a fin de situarse en buena posición para embargar los bienes inmuebles del deudor de turno y adjudicárselos a continuación por bajo precio, hipótesis que no es, desde luego, ficticia y que puede encontrarse en el supuesto de hecho de la STS 26 mayo 2011 (RJ 2011, 3988).

Los tres regímenes que acaban de describirse sucintamente deben observarse tanto cuando el *solvens* sea un sujeto por completo extraño a la relación obligatoria de que se trate como cuando tenga “interés en el cumplimiento”, según señala el artículo 1158 en su primer párrafo. Esta expresión, que ha de ligarse con la idéntica empleada en el 1210.3.º, alude en puridad a todo aquel sujeto que, sin ser el deudor principal o único deudor principal, ostenta un mayor o menor grado de vinculación, directa o indirecta, con la obligación pagada, de suerte que el acreedor se halla en posición de agredir su patrimonio a resultas de su incumplimiento (STS 3 febrero 2009 –RJ 2009, 1361-). De esta guisa, quedarían comprendidos en ella, muy singularmente, de un lado, el codeudor solidario que en las relaciones internas con sus compañeros de deuda no deba asumir esta totalmente y, de otro, el garante de la obligación, sea de carácter personal (fiador), sea de carácter real (hipotecante o pignorante en garantía del cumplimiento de deuda ajena).

Más concretamente, tratándose de garante personal, ha de sostenerse que solo cuando sea posible reputarlo auténtico gestor del negocio del deudor, sea porque haya prestado la caución por su mandato, sea porque lo haya hecho ocupando la posición jurídica de gestor oficioso, tendrá derecho, una vez efectuado el pago y en regreso frente al obligado, a todos los conceptos indemnizatorios que aparecen enumerados en el artículo 1838 CC. O sea: tal norma no es de aplicación automática a todo fiador, y no siempre el garante personal merecerá la absoluta indemnidad que allí se le dispensa, ya que una interpretación sistemática de los preceptos del Código pone negro sobre blanco lo desatinado de cualquier otra idea. Súmese a ello el testimonio de GARCÍA GOYENA, quien, al comentar el artículo 1752 del proyecto isabelino (antecedente del actual 1838), decía que “si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099” (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III y t. IV,

Madrid, 1852, p. 158), en cuyo último párrafo (inciso final) se establecía, se recordará, que el tercero que “pagó contra la voluntad del deudor no podrá repetir contra este”. Por tanto, ya entonces se asimilaban las posiciones jurídicas del fiador y del *solvens invito debitore*, y no se aprecia en nuestro CC ningún indicio que apunte una voluntad de ruptura de tal equiparación. Antes bien, cobra de esta forma pleno sentido la previsión del último párrafo del artículo 1838, a cuyo tenor lo en él dispuesto se observará aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor: no, entonces, habiéndose prestado con su oposición o en el egoísta interés del fiador. Obviamente, la hipótesis de “ignorancia” es una suerte de apócope utilizado por el legislador para referirse al fiador que merezca el calificativo y el tratamiento de un “gestor oficioso”. Vid. en este sentido la glosa de GARCÍA GOYENA al 1752 del proyecto de 1851, norma que aludía asimismo de manera expresa a la fianza otorgada en la ignorancia del deudor: “Por Derecho Romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es más sencillo” (ibídem).

Ahora bien, si el fiador que se limita a gestionar a través de su intervención un interés ajeno (sea en calidad de mandatario, sea en la de gestor oficioso) puede, tras el pago, regresar contra el deudor garantizado, por ser este el auténtico *dominus negotii* y, por tanto, quien ha asumir definitivamente sus resultas, idéntico derecho ostentará, reuniendo tales condiciones, el prestador de garantía real por débito ajeno, quien (como dice la STS 15 diciembre 2014 –RJ 2014, 6579-) obviamente “no debe”, “salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad”. Es decir, él también ha de disponer de un derecho de regreso contra el obligado una vez satisfaga la deuda, ya lo haga en modo voluntario, ya forzosamente por medio de la ejecución de la caución.

Mas, al igual que en el caso anterior, la consistencia y alcance de esa acción de recobro dependerá de la forma en que el tercero dador se haya inmiscuido en la esfera jurídica del obligado, sea que se repunte analógicamente extensible el régimen descrito para la fianza (lo que resulta absolutamente viable habida cuenta de la identidad de causas –entendido tal término como “función económica”- que preside ambos negocios –la de garantía-), sea que se proceda a la recta aplicación de los artículos 1893.1.º, 1728, 1729 y 1158.3 CC (recuérdese que el 1838 no recoge sino una prescripción “abreviada” de los tres primeros). Por eso, si el prestador de la hipoteca o prenda la otorgó no obstante el veto del deudor o posponiendo el interés de este al suyo propio, únicamente podrá repetir el enriquecimiento propiciado al patrimonio del obligado, pero no el empobrecimiento que realmente haya sufrido (p. ej., intereses del anticipo, gastos de constitución de la caución, costas que haya debido afrontar a resultas de la ejecución, etc.), mientras que si la dio por su mandato o en calidad de gestor oficioso podrá pretender esto último.

En el caso de la sentencia que da pie a estas líneas la garantía hipotecaria se constituyó por la causante a solicitud de uno de sus hijos o, lo que es igual, por su mandato, a fin de asegurar el pago de un préstamo asumido por él. Se da, además,

por probado que la deuda le incumbía en exclusiva y que no guardaba relación alguna con los intereses económicos de la hipotecante. De donde se sigue que, frente a lo argüido en el recurso de casación, la susodicha merecía indudablemente la consideración de tercero respecto de la relación obligatoria en cuestión, aunque con un obvio interés en el cumplimiento en la medida en que las consecuencias del impago podrían llegar a afectarla patrimonialmente. Y esta posición, como dice el TS, concurría también en los coherederos que le sucedieron a título universal y que efectuaron el pago.

Hasta aquí, se comparten plenamente los pronunciamientos de la resolución. Sin embargo, visto el modo en que la causante salió como garante real de su hijo deudor, no puede compartirse la aseveración de que el derecho de regreso se constriñe en el caso (FJ 2.º, § 2) “a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado; tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 CC que reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del *solvens* que paga, incluso con la oposición del deudor, caso que nos ocupa”. Pues vuelve a reiterarse que la garante actuó por mandato del deudor y que, para medir el alcance de su acción de repetición, debió estarse a esa subyacente relación jurídica; es decir, las circunstancias a tener en cuenta a estos efectos son las que rodearon en su día a la constitución de la garantía, por la simplicísima razón de que fue entonces cuando el garante se inmiscuyó en una esfera jurídica ajena: la del obligado. Luego la extensión del regreso era, en el caso de autos, la propia de una *actio mandati contraria* y no la de la prevista en el último párrafo del artículo 1158 CC.

Esto aparte, es sabido que, además del regreso, nuestro Código civil anuda al fenómeno del pago de un débito ajeno otra consecuencia jurídica distinta, la cual, sin embargo, solo opera cuando concurren determinadas circunstancias: se trata de la subrogación, regulada en los artículos 1159 y 1209 a 1213.

Pues bien, una cuestión muy debatida en este punto es la del modo en que se articulan la acción de regreso y la acción subrogatoria en las hipótesis en las que el tercero disponga simultáneamente de ambos recursos, como cuando acredita un interés en el cumplimiento de la obligación por ser su garante personal o real (art. 1210.3.º y SSTS 15 diciembre 2014 –RJ 2014/, 6579- y 3 febrero 2009 –RJ 2009, 1361-; vid. también DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2016, p. 256). Pues comoquiera que la subrogación “transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas” (art. 1212), y es claro que el *solvens* no podría cobrar dos veces por la misma causa, surge la cuestión de dilucidar si ha de ejercitar preferentemente la acción subrogatoria, o, por contra, la de regreso, o si ha de elegir entre ellas (y cuándo), o si puede ejercitarlas conjuntamente pero en forma alternativa, etc.; posibilidades, todas, que, a tenor de su formulación, colocan al pagador ante un gravísimo dilema (vid. STS 23 octubre 2008 –RJ 2008, 6043-), a saber, el de tener que optar entre que

se le indemnice todo el empobrecimiento sufrido (gastos del pago, lucro cesante, etc.) mas sin garantía ni privilegio de ningún tipo, o que se le restituya exclusivamente el importe objetivo del crédito pagado, para lo que podrá hacer uso, esta vez, de los accesorios (garantías y privilegios) pero renunciando a la reclamación de los daños padecidos. La jurisprudencia suele inclinarse por considerar, como acontece en el presente fallo, que el *solvens* tiene la facultad de optar por una u otra vía, aceptando al tiempo la posibilidad de que la subrogación se entienda renunciada en forma tácita. Así, la STS 29 mayo 1984 (RJ 1984, 2804) afirma que esta “puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1158, ello además de que según autorizada opinión de la doctrina científica la titularidad de los derechos de reembolso y a la subrogación es cumulativa, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto, y en el supuesto debatido las circunstancias de toda índole, ya resaltadas, están proclamando que los pagos hechos por la Sociedad a cuenta de los recurrentes miraban únicamente al reembolso, como derivado de la gestión de negocios ajenos, pues las relaciones tan estrechas entre la empresa y el grupo familiar evidencian que los pagos se hicieron con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito por parte de TALLERES DE L., S. A.”. En el caso de nuestra STS 26 febrero 2016, la Sala ve claro que la comunidad hereditaria no pretendía hacer valer la subrogación en el crédito pagado, pues se limitó a liberar el bien hereditario y “a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas” (FJ 2, § 2).

Es de advertir, sin embargo, que una recta intelección sistemática de los preceptos que el Código consagra a la figura de la subrogación revela que la anterior es, en realidad, una diatriba sustentada en una falsa premisa, ya que, a pesar de la letra del artículo 1212, de una tal interpretación se infiere que, por medio de la subrogación, se opera simplemente una comunicación al derecho de regreso del *solvens* de los privilegios y garantías que rodeaban al crédito saldado, quedando este sin embargo completamente extinguido. Son varios los argumentos invocables en esta dirección, pero hay uno crucial que se extrae de lo dispuesto en el artículo 1213. Según es sabido, este precepto establece que, en los casos en que el acreedor haya aceptado un pago parcial, puede ejercitar “su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud” de la incompleta satisfacción. Pues bien, si se considera que lo que acontece en estos supuestos es una suerte de división del crédito entre acreedor y *solvens* (como ha de ser si el art. 1212 se entiende literalmente), la norma genera un paradójico resultado cuando tal crédito esté desprovisto de toda garantía o privilegio: leído el artículo en esa clave, ocurre que el tercero subrogado que concurre con el acreedor sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocupa peor posición que el *solvens* que nunca hubiera podido acceder al tal beneficio; o sea, el artículo 1213 estaría disponiendo que el *accipiens* es, en efecto, preferente al subrogado, pero que, sin embargo, no lo es ante el crédito contra el deudor que, en virtud del artículo 1158 CC, ostenta el tercero que haya realizado un pago “extintivo” y, por tanto, no subrogatorio.

No parece necesario insistir en lo infundado de la discriminación, que, por eso mismo, no podría ser querida por el legislador, quien regula y concibe el efecto subrogatorio como un beneficio especial dispuesto en favor de unos muy concretos y determinados pagadores. En cambio, si se asume que la subrogación opera una simple comunicación al derecho de regreso de los adminículos que acompañaban el crédito pagado, no hay cuestión: al no existir aquellos nada habría en lo que subintrar, de modo que ni el artículo 1213, ni los demás que versan sobre la materia serían de aplicación; entonces, jamás podría resultar peor la posición del *solvens* con derecho a subrogación que la del tercero pagador que careciese del tal beneficio. Aún más: contempladas las cosas desde esta perspectiva, la regla *nemo subrogat contra se* que la norma intenta plasmar (GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, III, cit., p. 143) alcanza pleno sentido; el acreedor satisfecho parcialmente es el sujeto que disfrutaba desde un inicio y en primera instancia del rango, privilegios y garantías que rodeaban al débito, luego resulta de todo punto lógico que pueda hacer uso de ellos para cobrarse el resto “con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito”; le protegían de una posible situación de insolvencia, se prestaron en su favor y han de seguir cumpliendo tal función incluso frente al subrogado. Esto supone, es obvio, que si concurriesen, verbigracia, como únicos acreedores privilegiados estos dos sujetos y el patrimonio del deudor fuese insuficiente para satisfacer a ambos íntegramente, el acreedor sería preferentemente pagado al *solvens*; mas ello no implica discriminación alguna con respecto al tercero pagador que no se subroge: este, por supuesto, habría de padecer siempre e irremediablemente el dicho privilegio.

5. Una vez despejada, en sentido positivo, la duda acerca de si la comunidad hereditaria podía regresar ex artículo 1158 CC contra el coheredero asegurado en el caso de autos, restaba por resolver otra más, consistente en dictaminar si los pagadores debían ejercitar tal acción frente al deudor al margen de la partición y una vez concluida esta o si, por el contrario, podían instrumentalizar el negocio jurídico particional a fin de enjuagar directamente en él la pérdida patrimonial padecida, tal y como, se sabe, hicieron.

La STS 26 febrero 2016 se decanta por la segunda opción con base en el argumento de tratarse de un pago hecho en interés de la comunidad: primero, al evitarse por su medio que el inmueble gravado, elemento principal del caudal, disminuyera de valor atendidos los elevados intereses de demora que el impago de la deuda llevaba aparejados; y segundo, al merecer la consideración de gasto necesario en orden a la preservación del bien relicto en cuestión. En definitiva, con base en el artículo 1063 CC, entiende el Alto Tribunal perfectamente viable la actuación por la que se toma en consideración en el cuaderno particional el importe satisfecho para liberar la carga, gasto que, a tenor del artículo 1064, debe quedar a cargo –concluye– del coheredero deudor como hecho en interés particular suyo.

La conclusión se aparece correcta en la medida en que el artículo 1063 está efectivamente pensando en impensas e inversiones que interesan a todos los coherederos, y que, por tanto, han de soportar con independencia de si las han consentido o no. En el inventario deben comprenderse las rentas y los frutos que los titulares de la comunidad hereditaria hayan percibido individualmente de los bienes relictos, así como el importe de los daños causados en los mismos por su conducta dolosa o culposa, mientras que en la relación de deudas pendientes procede incluir los gastos útiles y necesarios que hayan costado.

Pues, tal y como afirma, la STS 25 julio 2002 (RJ 2002, 6938), “la expresión legal deben abonarse recíprocamente en la partición no es apropiada, pues se tratará, en su caso, de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma, pero no entre los coherederos. Es decir, la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia”. Piénsese que si el deudor garantizado por el causante mediante una hipoteca de un inmueble de su titularidad hubiese sido un tercero y alguno o algunos de los coherederos hubiesen procedido a abonar la deuda impagada para así liberar el bien y evitar su ejecución, estos desde luego estarían legitimados para, en la cuenta de la partición, exigir a los restantes (recte: a la herencia) el retorno de lo pagado de más con respecto a su respectiva cuota hereditaria, pues tal es la proporción en la que deben sufrir internamente el riesgo de insolvencia del obligado.

BIBLIOGRAFÍA

DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, febrero 2016.

GALICIA AIZPURA, G.: “Pago por tercero de deuda ajena realizado con ánimo depraedandi (a propósito de la STS de 26 de mayo de 2011)”, *Estudios de Derecho civil en homenaje a D. Joaquín Rams Albesa* (coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis A. Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013.

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

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III y t. IV, Madrid, 1852.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentario al artículo 1158”, en *Comentarios al Código civil* (dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SÁNCHEZ JORDÁN, E.: *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000.

