

BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ

**ACCIÓN SUBROGATORIA  
Y SUSTITUCIÓN PROCESAL  
(ANÁLISIS Y PROSPECTIVAS)**

Prólogo de  
Andrés de la Oliva Santos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

## PRÓLOGO

*Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ ha escrito este libro, de mucha densidad y sumo interés, sobre la base de una parte de su tesis doctoral, notablemente más extensa. Por motivos que no recuerdo bien, fui designado en su momento codirector de esa tesis junto al profesor GASCÓN INCHAUSTI, que es quien en realidad prestó un asesoramiento constante a la profesora SÁNCHEZ LÓPEZ a lo largo de varios años. En el acto de defensa pública de la tesis, tras reconocer los méritos del profesor GASCÓN (y, claro está, los de la autora), ya afirmé lo que ahora quiero dejar escrito: que se trataba de una tesis excepcional, de esas que más parecen responder a la idea y requisitos de las tesis de habilitación germanas que al concepto comúnmente aceptado de nuestras tesis doctorales como primer trabajo de investigación dotado de alguna originalidad y envergadura. Traigo de nuevo a colación este juicio porque la evocación de las tesis de habilitación no se debía solo al tamaño, la complejidad o la dificultad de la memoria presentada por SÁNCHEZ LÓPEZ, sino, sobre todo, a la madurez de criterio y personalidad de la autora que el texto manifestaba y que se confirmó en la exposición oral. Ni por su contenido, ni por su forma, ni por el qué, ni por el cómo, es o se parece este libro a una opera prima y sé que las hay excelentes.*

*Lógicamente, a partir de una tan extraordinaria tesis, SÁNCHEZ LÓPEZ ha logrado una extraordinaria monografía, lo que ahora llaman una obra de referencia, es decir, de obligada lectura para quienes hayan de ocuparse de cualquiera de las facetas que presenta la denominada acción subrogatoria: ante todo de la acción que aparece en el art. 1.111 del Código Civil español (CC), pero también de la que así se ha denominado en la historia y de la que en otros ordenamientos se establece con similitud a la del art. 1.111 CC.*

*Interesa este libro, pues, a quienes se ocupen de la legitimación indirecta o extraordinaria en el ámbito de las partes procesales y, singularmente, de la denominada legitimación por sustitución. Interesa a quienes se preocupen de la satisfacción de los acreedores en el proceso civil, en la ejecución forzosa civil o en concurso. Esto por lo que se refiere al territorio del Derecho procesal. Más claro aún es que este libro ha de ser atentamente leído, o mejor, estudiado, por cuantos hayan de referirse a la denominada acción subrogatoria en sí misma (me parece que, en rigor, no existe tal cosa; quiero decir que no hay acción subrogatoria sin fenomenología procesal, pero me refiero a quienes hayan decidi-*

*do o decidan tratar de la acción subrogatoria desde el punto de vista civilístico, sustantivo o sustantivista, o iusprivatístico).*

*Este polifacético interés del libro responde, desde luego, a la teórica y real unidad del Derecho, pero no es muy frecuente que las cosas sean como deben ser o, si se quiere, que sean como sería preferible que fuesen, porque se procure lo mejor sin aceptarlo como enemigo de lo bueno y conformándose con este. Con gran frecuencia, la especialidad jurídica en la que se incardinan los autores determina un enfoque parcial que, a su vez, conduce a examinar exhaustivamente una de las diversas facetas que presenta lo que es objeto de la investigación (un concepto, principio o instituto jurídico), pero dejando a un lado, incluso consciente y declaradamente, otros aspectos. No ha sido así en este trabajo de Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ. Ella es desde hace años una muy apreciada profesora en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense. Es, por tanto, una procesalista. Pero pertenece a la clase de procesalistas que, sabedores de la naturaleza ancilar o instrumental de su «especialidad», estudian a fondo, coherentemente, lo sustantivo que necesita o puede necesitar tratamiento jurisdiccional.*

*El título del libro revela una inicial consideración de la acción subrogatoria como determinante de un instituto procesal: el de la sustitución procesal, que sería una especie del género de la legitimación activa indirecta o extraordinaria. Recordemos algunas elementalidades en beneficio de muchos lectores que no tienen por qué estar impuestos en la dogmática procesalística.*

*En el proceso civil (no en todo tipo de procesos, de ahí la dificultad casi insuperable de las doctrinas generales sobre la legitimación), la legitimación es un presupuesto necesario para la obtención por el demandante de la concreta tutela jurisdiccional que pretende. En ocasiones, se hace difícil explicar y entender la legitimación porque la existencia de cualquier derecho subjetivo es difícil de separar de la titularidad de ese derecho, dado que no existen derechos desprovistos de titularidad, de titulares. Pero a la hora de los procesos es más fácil entender la legitimación activa: el demandante puede decir la verdad sobre un negocio jurídico determinado y sobre el comportamiento de las partes de ese negocio y puede, asimismo, estar pidiendo la concreta tutela que el Derecho concede a quienes protagonizaron la actividad negocial del caso y después se comportaron de este o de aquel modo. Pero si el demandante es, por ejemplo, un primo de quien se comprometió a vender cierta cosa por un cierto precio, carece de legitimación activa para obtener una condena del comprador a pagar el precio no solo a él, primo del vendedor (a quien el vendedor no debe nada), sino al vendedor mismo, a su primo, al que sí se le debe el precio. Legitimación activa solo la tiene, como regla (legitimación directa u ordinaria), el que demanda para sí una tutela jurisdiccional fundada en un derecho subjetivo del que él, demandante, es precisamente el titular.*

*La ley puede establecer excepciones y permitir que quien no es titular de un derecho subjetivo pida y obtenga tutela jurisdiccional correspondiente a ese derecho ajeno. Así se ha venido diciendo que ocurre en el caso de los acreedores a que se refiere el art. 1.111 CC, los que «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, excep-*

*tuando los que sean inherentes a su persona». La legitimación del acreedor de un deudor para demandar a los deudores de este sería un caso de legitimación indirecta y, más concretamente, de legitimación por sustitución. Esta se perfila mejor, pienso, al diferenciarla de la representación. Porque el representante también demanda con fundamento en un derecho ajeno. Pero no demanda en nombre propio, sino en nombre ajeno, y no demanda en su favor, sino para su representado, que es la verdadera parte procesal. El sustituto demanda en nombre propio y en su favor, para sí.*

*En esto último se diferencia la legitimación por sustitución de otros casos de legitimación indirecta o extraordinaria que permiten las leyes, como la legitimación de las llamadas «entidades de gestión», autorizadas a pretender tutela judicial de los autores sobre la base de los derechos de esos autores (art. 150 de la Ley de Propiedad Intelectual), o las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11.1 LEC), en cuanto legitimadas para obtener tutela jurisdiccional correspondiente a los derechos de consumidores y usuarios. En estos casos, entidades y asociaciones actúan en nombre propio, no como representantes, y se basan en derechos ajenos, pero no pretenden la tutela judicial en su favor, como el legitimado por sustitución, sino en favor de los autores o en el de los consumidores y usuarios. He calificado de representativa esta clase de legitimación indirecta, a diferencia de la legitimación por sustitución.*

*Hasta aquí la communis opinio. En esa línea habría que reconocer que la acción subrogatoria —por la que nos representamos que un acreedor demanda, en nombre propio y para sí, una sentencia condenatoria de un deudor suyo sobre la base de un derecho de crédito de ese deudor— tiene todas las trazas de ser un paradigma de la sustitución procesal. El paradigma se oscurece, empero, e incluso se tambalea, al borde del desmoronamiento, cuando comienzan a plantearse preguntas que ya el texto de nuestro art. 1.111 CC hace inevitables, como la que suscitan los términos «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe». Y aún hay otros interrogantes, no claramente derivados del texto del Código Civil, pero de índole aún más básica: la aparente o real preterición del deudor intermedio en el proceso declarativo entre el acreedor y el deudor debitoris; el alcance subjetivo de la sentencia firme por la que finalizaría tal proceso...*

*Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ demuestra su madurez y su finura jurídica justamente porque, sin que se advierta el menor afán de un divismo que se exhibiría con un exagerado sentido crítico o alguna suerte de iconoclastia sistemática, no deja de plantearse ninguna cuestión real, muy fundada, ni deja de procurar, con los máximos esfuerzos, ofrecer respuesta clara, no elusiva, a ninguna de las cuestiones. De ahí que el examen de la acción subrogatoria misma acabe siendo central, sin que falte interrogarse sobre la realidad de esa acción en cuanto tal y sobre su naturaleza. Qué subrogación existe, si existe, en la llamada acción subrogatoria; qué poder o facultad entraña la sustitución; en qué ámbito de la justicia civil encaja sin estridencias ni tergiversaciones la acción subrogatoria; por qué la concreta acción del art. 1.111 CC en sus específicos términos; son, entre otras, cuestiones clave que la autora afronta sin temor y responde con soltura y buen sentido.*

*Por añadidura, es en verdad excelente el manejo de los instrumentos en los que había de apoyarse el discurrir intelectual de la autora: el Derecho posi-*

*tivo, la jurisprudencia, que es analizada con atención y detalle, y la doctrina, incluida la extranjera (exhaustividad sin sensación del menor alarde de erudición; citas y observaciones cuando vienen a cuento). Y lo que SÁNCHEZ LÓPEZ ha manejado bien para estudiar, para conocer y entender, formándose un sólido criterio propio, lo utiliza de una forma aún mejor, que llama muy positivamente la atención, al exponer a los lectores, con un marcado estilo propio, el trabajo de investigación y el esfuerzo de su continuada reflexión. De modo que este es un libro fuera de lo común: rezuma, en el fondo y también mucho en la forma, una originalidad que no ha sido buscada para suscitar admiración o elogios, sino que es el fruto natural, espontáneo, de la fuerte personalidad de la autora.*

*Es este un libro para leer despacio, para estudiarlo, releyéndolo, pensando junto al pensamiento de la autora. En este sentido, no es un libro fácil. Pero no es aburrido, sino todo lo contrario. Si las técnicas de ventas más avanzadas hubiesen llegado al ámbito editorial jurídico y fuese yo el empresario de esta obra, me atrevería a ofrecer a un lector jurista insatisfecho la devolución del precio. Disfruten.*

Madrid, 5 de mayo de 2017.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Complutense de Madrid  
Académico de Número de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación

# CAPÍTULO I

## CONSIDERACIONES PREVIAS

Las páginas que el lector tiene ante sí son parte del resultado de buscar en mi memoria doctoral titulada «La sustitución procesal: análisis crítico» lo que tienen de «sustitución procesal» los distintos supuestos que normalmente se comprenden bajo esta figura<sup>1</sup>. En el estudio de esos supuestos sobresale la llamada «acción subrogatoria», que, aunque no constituyó el objeto de mi tesis, no pude dejar de tener en cuenta por la interdependencia que existe entre la sustitución procesal y este medio de tutela. Se impone, pues, que examinemos con un poco de detenimiento la previsión del art. 1.111 CC, que dice así:

«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona...».

Dicho esto, antes de entrar en su estudio se imponen varias y serias consideraciones previas, a saber:

*Primera.* Todos los estudios sobre esta figura se han abordado desde el Derecho civil o, al menos, adoptando una consideración civilista de esta figura, que, aunque insatisfactoria, será el hilo conductor con el que arrancan estas páginas y que, con las puntualizaciones que procedan, sirven para poner de manifiesto las contradicciones del art. 1.111 CC.

En nuestro país solo una monografía, la de RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria* (Navarra, 2002), ha abordado su estudio desde el Derecho procesal, pero lo ha hecho circunscribiéndolo al ejercicio *judicial* de esta «acción», en virtud de la sustitución procesal del deudor intermedio por obra de la legitima-

---

<sup>1</sup> La tesis — inédita — fue codirigida por los profesores Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Fernando GASCÓN INCHAUSTI, y defendida el día 15 de enero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense ante una comisión compuesta por los profesores Mariano YZQUIERDO TOLSADA (presidente), Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, Carmen SENÉS MOTILLA, María Pía CALDERÓN CUADRADO y Enrique VALLINES GARCÍA, a quienes agradezco vivamente las muy oportunas observaciones que me hicieron y que he procurado incorporar en los trabajos destinados a su publicación.

ción extraordinaria del acreedor y, en consecuencia, con todos los sobreentendidos que presta la sustitución procesal. Esto es, una obra perfectamente ortodoxa desde el punto de vista dogmático, pero también preñada de ciertos prejuicios que producen hoy un grave quebranto en lo que el art. 14.1 PIDCP expresa con toda claridad como una garantía procesal básica de toda persona: la de ser oído «en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil» (cfr. arts. 10 DUDH y 6.1 CEDH) y que forma parte de uno de los contenidos de nuestro derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y es objeto también del derecho fundamental de defensa del art. 24.2 CE.

*Segunda.* De estas contradicciones no se escapa la propia denominación de la *acción subrogatoria*, que renuncio a definir de antemano, porque entiendo que, además de una acción o pretensión ejercitable o deducible en proceso *formalmente autónomo*, son otras las técnicas o mecanismos más adecuados que el de remitir hoy siempre y en todo caso al acreedor a un proceso de declaración civil escrupulosamente independiente.

Como veremos, todas las funciones del art. 1.111 CC no tienen una naturaleza única y su fundamento es —en muchos sentidos— relativo, como lo son también la noción de responsabilidad y las técnicas o medios para hacerla efectiva. Lo que las agrupa a la unidad hay que buscarlo en la teoría general del Derecho privado, una vez que se enjuicien de nuevo el o los varios productos que arrojen las técnicas empleadas o propuestas, con las consecuentes cargas y responsabilidades que esto, a su vez, arroja a estudiosos y prácticos. A nuestros efectos, los problemas y las contradicciones que se advierten en su estudio se han procurado resolver con arreglo a los principios jurídicos básicos y las técnicas del Derecho procesal, guiados por la finalidad de permitir a los jueces desenvolver su función de aplicar y realizar el Derecho en el caso concreto, resolviendo eficazmente los conflictos intersubjetivos y tutelando los intereses jurídico-privados en conflicto.

*Tercera.* La interpretación de la acción subrogatoria y del art. 1.111 CC, con algunos problemas irresolubles que plantea, no puede hacerse de espaldas a su historia. La perspectiva histórica no puede desdeñarse porque la historia de ayer ayuda a desentrañar los problemas de hoy y, tal vez, pueda determinar el futuro de esta figura en un mañana no muy lejano.

Una vez recorrida esta y analizados sus presupuestos y el objeto que la doctrina le atribuye, se verá que los requerimientos de tutela de los tiempos actuales permiten dudar de que la mejor técnica de protección del crédito del acreedor singular sea —*en general*— la que dibuja el art. 1.111 CC, ya como *facultad, derecho o acción* que asiste al acreedor para deducir en su propio nombre e interés las pretensiones que competan a su deudor, ya como supuesto de legitimación por sustitución. Al menos en lo que hace a la tutela del crédito dinerario.

*Cuarta.* En cualquier caso, y como advertencia no menor atinente al estudio de la sustitución procesal, es una ilusión considerar que el acreedor es un *alter ego* procesal del deudor intermedio cuya presencia no es necesaria en el proceso y, en consecuencia y aunque no se compartan las propuestas de este estudio sobre la acción subrogatoria, se han de revisar algunas de las características más señaladas que se han generalizado y que suelen predicarse de la sustitución

«procesal» (este entrecomillado no es gratuito). Esta es hoy la responsabilidad que compete a los procesalistas y es producto —como se imaginará— de la carga que ha transferido la dogmática civil en sus estudios sobre la acción subrogatoria y el art. 1.111 CC y de los problemas y cuestiones suscitados en la realidad de los tribunales.

*Quinta.* En este estudio sobre el art. 1.111 CC empezaremos por sus orígenes históricos, vinculados, como vamos a ver, a la tutela del crédito dinerario. Nuestras prevenciones también deben extenderse a ella, para poner de manifiesto que a la función de tutela del crédito dinerario se han ido amontonando desde la Edad Media «otras funciones» que son las que tal vez, por motivos dogmáticos o por reticencias fundadas, sean las que todavía justifican el recurso al pretendido «ejercicio de los derechos ajenos». Nuestra premisa es que solo y en la medida en que puedan justificarlo aquellos motivos y reticencias, algunos de los cuales no se pueden resolver sin el concurso de la dogmática civil, cabe admitir el arcaísmo del «ejercicio del derecho o facultad de otro» que pertenece a épocas pretéritas. Valga también señalar que las cuestiones que salen al paso son de tal naturaleza que el menor de los problemas será admitirlo a regañadientes, aunque puede contribuir a disipar el velo de incerteza que se cierne sobre ellos la forma en que se resuelvan los problemas que, desde el punto de vista del principio jurídico-procesal de audiencia, suscita hoy la falta de presencia del deudor intermedio en el proceso. Este es el verdadero meollo de la cuestión para los procesalistas.

*Sexta.* Puesto que el proceso es instrumento para resolver controversias *intersubjetivas* privadas, las sentencias declarativas firmes dictadas en procesos plenarios sobre la *res de qua agitur* tienen siempre la consecuente y relativa eficacia *inter partes* de la cosa juzgada material. Solo cabe excepcionar de esta regla general absolutamente imprescindible para hacer cumplir al proceso su fin aquellos supuestos en los que los efectos jurídicos materiales que se sigan de la sentencia deben superar —por la propia naturaleza de las cosas— los relativos límites que impone la relación deducida que es objeto de enjuiciamiento entre las partes del proceso. Por eso, y aun a riesgo de adelantar algunas consideraciones que se verán más adelante, el debate bizantino sobre el párrafo 2 del art. 10 LEC y el pretendido «error» de la corrección de errores del BOE relativo al art. 222.3 LEC está fundado sobre ciertos prejuicios y acarreos históricos atinentes a la acción subrogatoria y a la sustitución procesal.

No hace falta decir que las aguas que hay que navegar son turbulentas, pero mucho peor es quedarse varado en dique seco. A un cierto punto de este viaje confío en haber aportado reflexiones y materiales para suscitar un debate que debe resolverse, principalmente, con los parámetros del derecho procesal, en cuyas coordenadas se defiende aquí que la acción subrogatoria debe reconducirse —principalmente— al proceso de ejecución como *Derecho procesal auxiliar o secundario al servicio de la realización del embargo de derechos, anterior a la fase de realización propiamente dicha del valor de los bienes del ejecutado*, sin perjuicio de que acaso y eventualmente también pudiera el acreedor ejercerla directamente en proceso formalmente autónomo.

Al cabo de este viaje, en cuyo trayecto espero que se hayan sumado —además de civilistas y mercantilistas— estudiosos internacionalistas, los navegantes civilistas recuperarán —si insisten en considerar así la acción subrogatoria— la



*facultad o derecho material* del acreedor del art. 1.111 CC que las teorías doctrinales sobre el derecho de acción les han «arrebatao». Los navegantes procesalistas que hayan pasado el viaje durmiendo tal vez se enzarcan en probar la validez de sus respectivas teorías sobre la acción frente a los resultados procesales del «botín». Los que no lo hicieron confío en que defiendan que, en cualquier caso, no son ajenos a las tareas jurisdiccionales los *medios por los que, en interés del acreedor, se puede interferir en la gestión, administración y disposición de los derechos patrimoniales del deudor a través de un proceso*.

Por lo demás, del círculo vicioso de la historia, de las relaciones circulares entre las teorías doctrinales sobre el derecho de acción y los derechos subjetivos privados, así como las que existen entre deuda y responsabilidad, por no mencionar la definición de las técnicas de tutela indirecta del acreedor, se propone salir aquí mediante la ruptura de la quimera de la sustitución procesal; esto es, deshaciendo el camino andado en la construcción de los equívocos que la envuelven y desde la premisa de que —reordenados según su orden lógico-jurídico— el proceso civil *sirve instrumentalmente* a la defensa de derechos, facultades e intereses jurídico-materiales de los que estén asistidos los sujetos de este drama, sobre los que pesa la carga de deducirlos y de defenderse.

Concluyo estos avisos a navegantes pidiendo a la doctrina civilista que, por su parte, tampoco se entretenga en hacer artificiosas teorías sobre un «poder de sustitución» que oculte en ese poder/derecho/facultad/acción del acreedor el estado de sujeción del deudor intermedio y del *debitor debitoris*, y que —como poder abstracto— hay que mandar también al limbo de la teoría general del Derecho. Si se hiciera a costa del derecho fundamental de defensa de cualquiera de los sujetos implicados, volveré a defender que la sustitución procesal se resuelve en su propia historia —particularmente, en la historia de la acción subrogatoria— y llegaré, si hace falta, hasta el Ticio o el Pedro por cuyos motivos se han torcido los sentidos que han impedido ver a nuestra doctrina los vínculos del art. 1.111 CC, de «nuestra» acción subrogatoria, con el *pignus in causa iudicati captum* romano.

## CAPÍTULO II

### LA HISTORICIDAD DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

#### I. ¿UBICACIÓN DE SUS ORÍGENES EN EL DERECHO COMÚN FRANCÉS? CONDICIONAMIENTO EN EL PERIODO CODIFICADOR

Los orígenes históricos de la acción subrogatoria son bastante discutidos por la doctrina civilista moderna<sup>1</sup>; las interpretaciones están, en concreto, condicionadas por la distinta configuración de la acción subrogatoria en los diversos Códigos y por ciertos prejuicios e interpretaciones dogmáticas que llegaron hasta el periodo codificador del siglo XIX y que —por obra de la codificación francesa, italiana y española— se han perpetuado hasta nuestros días. La cuestión es importante, porque constituye el punto de arranque en el que se asientan las teorías *conservativa* y *ejecutiva* de la acción subrogatoria y frente a las que no es indiferente que, en el caso español, la acción subrogatoria presente el rasgo característico —art. 1.111 CC— de requerir la previa excusión de los bienes del deudor y de estar preordenada a «realizar cuanto se les debe» (a los acreedores), mientras que estos requisitos y condicionamientos no existen en Francia y

---

<sup>1</sup> Sobre los orígenes históricos y su evolución *vid.*, en la literatura italiana, A. CANTONI, «Le origine dell'azione surrogatoria», *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, vol. 5, núm. 1, 1907, pp. 43-55; C. ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogatoria», *Rivista di Diritto Civile*, vol. 2, 1910, pp. 749-784; R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino, UTET, 1955, pp. 1-80; N. DISTASO, «L'azione surrogatoria», *Banca, borsa e titoli di credito*, vol. 34, 1971, pp. 271-275; E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, trad. de J. L. de los Mozos, Madrid, Edersa, 1969, pp. 360-367; G. MANFREDINI, «Appunti in tema di azione surrogatoria (nota a sent. App. Torino, 6 novembre 1936)», *Il Foro Italiano*, vol. 62, 1937, p. 493, y S. LARROCCA, «L'azione surrogatoria», en *La codificazione nell'Italia postunitaria, 1865-2015. Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, núm. 2, 2016, pp. 879 y ss. Para la doctrina española *vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», *Revista de Derecho Privado*, vol. 43, 1959, pp. 102-107; *id.*, «Caracteres generales de la acción subrogatoria en el Derecho español», *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. 17, 1956, separata; J. ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 15-29; M. I. POVEDA BERNAL, *La legitimación subrogada del art. 1.111 del Código Civil*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 22-30, y, sobre todo, Á. CRISTÓBAL MONTES, *La vía subrogatoria*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 15-40, a quien sigue M. I. POVEDA BERNAL, y que es quien ha profundizado más —en nuestro país— en el estudio histórico de esta figura.

en Italia. En Alemania y en Austria no se han planteado este problema, porque, simple y llanamente, carecen formalmente de acción subrogatoria.

Teniendo esto presente no es de extrañar que, frente a quienes en Francia o en Italia han querido situar —al menos, germinalmente— el origen de su acción subrogatoria en el *pignus in causa iudicati captum* romano, como PLANIOL, LABBÉ, COLIN, CAPITANT, DOMAT, GIORGI, FERRARA, BETTI o CICU, la doctrina europea predominante —con CANTONI al frente— mantiene que es más seguro ubicar sus antecedentes en el Derecho común y en su posterior evolución en la *Coutume de Normandie* por obra de la escuela francesa del siglo XVIII.

En este periodo del derecho consuetudinario francés suele ubicarse el alumbramiento de la noción —hoy, verdadero principio del Derecho patrimonial— de la responsabilidad legal y universal del deudor —no fruto de convenciones, ni de un acto de embargo— y a relajarse los requisitos del ejercicio de la incipiente acción subrogatoria; entre ellos, el de que el acreedor esté provisto de título ejecutivo y el de realizar previamente una excusión de los bienes del deudor. Lo que terminará por definir la idea de que, con la finalidad de mantener la integridad patrimonial del deudor y de hacer efectiva su responsabilidad, ante su inactividad los acreedores deben poder deducir en su propio interés los derechos y facultades de su deudor a través de un proceso de cognición independiente y autónomo.

Mas, a decir verdad, no era esto lo que permitía el muy citado art. 278 de la *Coutume de Normandie*, en el que CANTONI o LARocca suelen ubicar el origen de la acción subrogatoria. Lo que, ni más ni menos, consentía este artículo al acreedor era, más limitadamente, subrogarse en la posición de aquel deudor suyo que hubiera repudiado o no quisiera aceptar una herencia en perjuicio de sus derechos, para poder aceptarla y cobrarse de ella hasta el importe de su crédito<sup>2</sup>. Y lo que, por su parte, permitía el art. 345 de la *Coutume de Normandie*, recordado por CRISTÓBAL MONTES y por POVEDA BERNAL como germen de la acción subrogatoria, son, de nuevo, estos derechos de los acreedores frente a la partición de la herencia; en concreto, la facultad de los acreedores de los hijos más pequeños del finado para reclamar sus derechos frente al primogénito que realizó la partición<sup>3</sup>, o el privilegio atribuido a los acreedores subrogados en el derecho del primogénito frente a la partición efectuada consistente en tomar la parte correspondiente a este<sup>4</sup>. Con estas referencias extraña que DOMAT extrajera que era común al Derecho romano y al Derecho francés que los acreedores pudieran ejercitar *todos* los derechos y las acciones de sus deudores.

A esta concepción obedece la primera formulación legislativa de la *action oblique* recogida en el art. 1.166 CCFr napoleónico, ya derogado, al hilo del

<sup>2</sup> Cfr. M. HOUARD, voz «Envoi en possession», en *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la Coutume de Normandie*, t. 2, Rouen, Lallemand et le Boucher, 1780, p. 146; E. ROYER DE LA TOURNERIE, *Nouveau commentaire portatif de la Coutume de Normandie*, t. I, Rouen, Lallemand et le Boucher, 1771, article CCLXXVIII (sin foliar), y M. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 29, Paris, 1779, p. 163, donde se señala que esta facultad de aceptar la herencia repudiada en su perjuicio de acreedores es contraria a la tradición romana y es posible encontrarla también en la *Coutume de Paris*.

<sup>3</sup> Cfr. M. HOUARD, voz «Acquéreur», en *Dictionnaire analytique, historique, étymologique...*, *op. cit.*, t. I, p. 2, e E. ROYER DE LA TOURNERIE, *Nouveau commentaire portatif...*, *op. cit.*

<sup>4</sup> *Vid.* M. PESNELLE, *Coutume de Normandie*, 4.<sup>a</sup> ed. con observaciones de M. ROUPNEL DE CHENILLY, Rouen, Imprimerie de Richard Lallemand, 1771, p. 378.

principio de relatividad de los contratos. En virtud de este artículo cuya aplicación ha llegado hasta el día 1 de octubre de 2016, «*néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne*» (en traducción propia: «sin embargo, los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, a excepción de aquellos que estén exclusivamente vinculados a la persona»)<sup>5</sup>.

Tras la profunda modificación del *Code Napoléon* por obra de la *Ordonnance núm. 2016-131, de 10 de febrero*, el capítulo III (bajo la rúbrica de *Les actions ouvertes au créancier*) del nuevo título IV dedicado al *Régime général des obligations*, después de enunciar el derecho del acreedor a la ejecución de la obligación (art. 1.341), recoge la acción subrogatoria (art. 1.341-1), la acción pauliana (art. 1.341-2) y las acciones directas (arts. 1.341-3). En concreto, el nuevo art. 1.341-1 CCFr que ha sucedido al bicentenario art. 1.166 CCFr dispone ahora lo siguiente: «*lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne*» («cuando la falta del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones de carácter patrimonial comprometa los derechos de su acreedor, este los puede ejercer por cuenta de su deudor, a excepción de aquellos que estén exclusivamente vinculados a su persona»).

Del *Code Napoléon* la acción subrogatoria sería luego exportada a Italia y recibida en los diversos Códigos preunitarios hasta que en 1865 se promulgaron, de un lado, el *Codice di procedura civile*, con sus normas sobre el *pignoramento presso terzi*, y, de otro lado, el *Codice Civile*, donde se introdujo en su art. 1.234.

El art. 1.234 CCit de 1865 disponía lo siguiente: «*I creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore*» («Los acreedores, para la consecución de cuanto les es debido, pueden ejercitar todos los derechos y todas las acciones del deudor, excepto aquellos derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor»).

Por su parte, los arts. 611 y ss. Cpc de 1865 regulaban, en todo un capítulo, el «*pignoramento di beni mobili presso terzi e dell'assegnamento di crediti in pagamento*». El embargo de estos bienes, entre los que se encontraban los créditos del ejecutado, se entendía hecho desde la notificación al tercer deudor o poseedor de la resolución del tribunal acordándolo, mediante la cual se emplazaba a las partes —ejecutante y ejecutado— a comparecer ante el tribunal en cuya demarcación tuviera su residencia o domicilio el tercer deudor. Todavía en este texto —pero no en el posterior hasta la reforma del año 2012— el silencio del tercer deudor sobre la existencia del crédito embargado se asimilaba legalmente a una *facta confessio*. Pero no nos detendremos en exponerlo por su propia historicidad.

El art. 1.234 del año 1865 fue sustituido en el año 1942 —acentuando la llamada función «conservativa» de la acción subrogatoria— por el actual art. 2.900

<sup>5</sup> Los textos extranjeros se ofrecen, como regla, traducidos de propia mano, salvo en aquellos supuestos en los que la expresividad de las palabras empleadas en su idioma original justifique su transcripción literal.

CCit, cuyo tenor dice así: «*Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare.// Il creditore, qualora agisca giudizialmente deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi*» («El acreedor, para asegurar que sean satisfechas o conservadas sus razones puede ejercitar los derechos y las acciones que correspondan frente a terceros al propio deudor y que este no ejercite diligentemente, siempre que los derechos y las acciones tengan contenido patrimonial y no se trate de derecho o de acciones que, por su naturaleza o por disposición legal, no puedan ser ejercitadas sino por su titular. // El acreedor, cuando proceda judicialmente, debe también citar al deudor al que se propone subrogar»).

Según el autorizado parecer de Rosario NICOLÒ, que participó decisivamente en los trabajos preparatorios de este libro del *Codice Civile*, el nuevo texto debía servir para «eliminar o, mejor, dar una solución negativa al problema, ya largamente discutido, de si la subrogatoria *puede tener, al menos en algunos casos, carácter ejecutivo*»<sup>6</sup>. Para entender estas palabras, que hay que poner en relación con la finalidad precautoria del precepto (es decir, asegurativa de la ejecución o de la conservación de las expectativas y derechos del acreedor), hay que indicar que lo que está planteando NICOLÒ con el carácter ejecutivo o satisfactivo —que niega— es si los acreedores *sub conditione* o *a término* pueden ejercitar, durante la fase de pendencia de su eventual derecho de crédito, la acción subrogatoria contra el *debitor debitoris* en un proceso autónomo y si, así ejercitada, podría el acreedor —llegado el término o purificado el crédito condicional— cobrarse allí mismo *pro solvendo*, hasta el límite de su derecho.

## II. LA EVOLUCIÓN ESPAÑOLA Y SU VINCULACIÓN A LA *EXCUSSIO BONORUM* DEL DEUDOR INTERMEDIO

La formulación española, sin embargo, discurrió por otros derroteros y desembocó en una diferente plasmación positiva, como ya advirtió GULLÓN BALLESTEROS<sup>7</sup>.

En nuestro Derecho histórico, la relación de nuestra acción subrogatoria con el *pignus in causa iudicati captum* no se llegó a perder como en el Derecho consuetudinario francés y hoy su plasmación en el Código Civil todavía la vincula a la ejecución o, al menos, a un acto de embargo, del que queda como reminiscencia el requisito legal del art. 1.111 CC de haberse perseguido los bienes del deudor (*excussio bonorum*), como vamos a ver en este apartado.

Sin precedentes en el Fuero Juzgo visigodo, el primer antecedente patrio de nuestra figura se encuentra en la Ley 3 del Título 27 de la Partida III, relativa a los bienes sobre los que debe ser cumplido el juicio. Luego de enunciar que se

<sup>6</sup> R. NICOLÒ, «Articolo 2.900», en *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, libro VI, *Tutela dei Diritti*, Roma-Bologna, Società Editrice del Foro Italiano-Zanichelli, 1953, p. 8.

<sup>7</sup> A. GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», *op. cit.*, p. 103.