

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**NOTAS SOBRE LA REGLAMENTACIÓN DEL PAGO
DEL TERCERO EN LAS SIETE PARTIDAS Y SUS
FUNDAMENTOS ROMANISTAS**

**NOTES ABOUT THE REGULATION OF PAYMENT
OF THIRD PARTY ON THE *SIETE PARTIDAS* AND
THE ROMANIST BASES**

Juan Carlos Prado Rodríguez
Universidad Carlos III de Madrid

Entre las formas de extinción de la obligación de carácter pecuniario está también el pago realizado por un tercero, modalidad ésta que tiene sus orígenes en el derecho romano¹, al irse paulatinamente admitiendo la

¹ Sobre la *solutio* del tercero en derecho romano, S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, 2ª ed., Napoli 1935, 41 ss.; B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, en *Studi Bonfante*, III (Milano 1939) 431 ss.; P. APATHY, *Procurator und solutio*, en *ZSS*, 96 (1979) 65 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur*

posibilidad de que un sujeto diverso del deudor pueda intervenir en la relación obligatoria ajena² para liberar a este último del vínculo³ que lo tenía atado a su acreedor⁴.

Esta particular forma de extinción de la obligación llegaría a los Glosadores en el ámbito de la nueva etapa del estudio y del enseñamiento del derecho romano en *befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin 2006.

² En efecto, ya en el arcaico derecho de las XII tablas se preveía la posibilidad de que un tercero pueda intervenir para liberar el *reus iudicatus* de ser vendido por sus acreedores al no poder pagar personalmente su deuda (TabXII. 3.5), y más adelante, en el ámbito de la ejecución concursal de la *bonorum venditio* sobre el patrimonio del deudor, se concedía un lapso de tiempo de treinta días para que se anuncie (*bonorum proscriptio*) que el deudor estaba por ser embargado de sus bienes y así darle el tiempo para que alguien pueda intervenir y liberarlo pagando su deuda (Gai.3.79). Asimismo, sobre la *solutio* del tercero vid. D.3.3.31pr., D.3.5.39 (38), D.3.5.43(42), D.3.5.45(44).2, D.12.6.8, D.12.6.44, D.14.1.1.24, D.16.1.5, D.17.1.12.6, D.17.1.50pr., D.46.3.40, C.2.18(19).3, C.2.18(19).12, C.2.18(19).16, C.4.29.1, C.5.16.9, C.8.43(42).5 y C.8.43(42).17; un elenco completo de fuentes está en C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., 26, nt.56.

³ Vínculo que en un principio indicaba el *nexum*, sobre el cual observa G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*. Sintesi, 2ª ed., Torino 1998, 369: «*nexum é l'atto per aes et libram con cui un soggetto vincolava il proprio corpo a garanzia, e anche eventualmente per adempimento mediante lavoro, di una prestazione attesa dal creditore*». Sobre el tema vid. G. PACCHIONI,

Occidente⁵, quienes plasmaron su labor interpretativa a modo de exégesis sobre las fuentes jurídicas romanas⁶ en el marco del renacimiento del derecho romano que se manifestó en Bolonia desde el siglo XI⁷, siendo Irnerio⁸ el precursor del estudio y del enseñamiento de esta disciplina en el naciente *Studium Generale* de Bolonia, quien procedía con el método, seguido también

Nexum. Impressioni e reminiscenze, Paris 1912; A. SEGRÉ, *Il nexum*, Modena 1929; A. BERETTA, *L'esecuzione contro il debitore nel diritto romano ed il nexum*, Udine 1936; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano 1981.

⁴ Al respecto *vid.* B. ALABANESE, *Papiniano e la definizione di "obligatio" en J. 3,13 pr.*, en *SDHI*, I (1984) 176 ss.; G. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, Torino 2003. Sobre la *obligatio* romana es suficiente citar, A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma 1912; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955; M. TALAMANCA, s.v. «*Obbligazioni (Diritto romano)*», en *ED*, 29 (Milano 1979) 1 ss.

⁵ *Vid.* H. KANTOROVICZ, *Studies in the Glossators of the Roman law*, Cambridge 1938.

⁶ Además que en aquellas canónicas, dando inicio al *utrumque ius* en el marco general del *ius commune*.

⁷ *Vid.* H. FITTING, *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, Berlin 1888.

⁸ *Vid.* E. BESTA, *L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto romano*, 2 vols., Torino 1896. A Irnerio le siguieron sus discípulos, los llamados cuatro doctores (Bulgarus, Martinus, Iacopus y Ugo) dando inicio a la segunda generación de Glosadores, mientras

por sus sucesores, de aclarar y explicar, al margen o entre las líneas de los textos romanos, las disposiciones de los antiguos *prudentes*⁹.

En tal contexto, y por lo que se refiere al derecho vigente en los territorios del Reino de Castilla y León, los aspectos concernientes la reglamentación del pago del tercero se recaban ampliamente de las disposiciones de las Siete Partidas¹⁰, mandadas a

que posteriormente se destacarían maestros como Azonis, Rogerius y Placentinus, cerrando la etapa de la glosa Accursius, quien recogió la labor de sus predecesores introduciendo sus propias conclusiones sobre las cuestiones por ellos debatidas y atribuyéndole al *Corpus iuris civilis* el carácter de Glosa Ordinaria, cf. S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, 1-4, Milano 2005, XVI; sobre el método de exposición en la Glosa vid. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistemática y ius civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio*, en *RJUAM*, 6 (2002) 75 ss.

⁹ Observa S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, cit., XVI: «Essi lavoravano chiarendo i testi di Giustiniano con annotazioni nel margine (*glossae*) che spiegavano la parola usata, attraverso una rete crescente di richiami e confronti con gli altri usi della stessa, prevalentemente interni all'opera di Giustiniano; i casi esposti, che venivano riformulati ed esaminati (*casus*); le regole che emergevano (*regulae*); ed anche brevi sintesi riepilogative (*summae*)».

¹⁰ Vid. J. A. ARIAS BONET, *Estipulaciones a favor de tercero en los Glosadores y en las Partidas*, en *AHDE*, 34 (Madrid 1964) 235 ss.; ID., *Recepción de fórmulas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las promisiones de las Siete Partidas*, en

redactar por el monarca Alfonso X 'El Sabio' entre el 1256 y 1265, y en particular en la Partida 5ª intitulada '*De los empreritos e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e todos los otros pleytos e posturas que fazen los omes entre si de qual natura quier que sean*'.

Cabe señalar como este cuerpo legislativo tuvo su fundamento principalmente en el derecho romano y en las aportaciones doctrinales de los Glosadores, al ser el resultado de la labor de los juristas castellanos formados en Bolonia, cual exigencia de traducción y de síntesis de los textos del *Corpus iuris civilis* según un nuevo y unitario orden, integrado además por textos de derecho canónico y Fueros locales del mismo Reino¹¹.

En este sentido el *ius commune* se divulgaría en Castilla por medio de los estudiosos ibéricos procedentes del *Alma Mater* de Bolonia¹², no sin

Boletim de la Facultade de Direito de Coimbra, 42 (1967) 285 ss. Y sobre las Siete Partidas, J. SÁNCHEZ-ARCILLA, *Las Siete Partidas*, Madrid 2004.

¹¹ Cf. S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, cit., XVIII.

¹² En efecto, la recepción del *ius commune* en Castilla empieza cuando estudiantes castellanos (ultramontanos), una vez terminada su formación en Bolonia proseguían ya como maestros hacia las Universidades hispanas, siendo la más importante la de Salamanca (1218), y desde ahí el *ius commune* fuertemente marcado por el derecho romano se establecerá en los territorios castellanos, *vid.* J. BARRIENTOS GRANDÓN, *Introducción a la historia*

encontrar obstáculos allá donde ya existía un *ius proprium*¹³ y que se aplicaría también en los territorios castellanos de Ultramar¹⁴; aunque al ser esta recepción un fenómeno común a toda Europa, no por ello no surgieron dificultades a la hora de recibirlo, sobre todo a causa de la desconfianza hacia quienes procedían de

del derecho chileno, I Derechos propios y derecho común en Castilla, Santiago 1994.

¹³ Así los varios Fueros (*Liber Iudiciorum* - Fuero juzgo) en vigor en Castilla, y que tenían su origen en los derechos romano-barbáricos que influenciaron la península ibérica.

¹⁴ A tal respecto observa S. SCHIPANI, *Iustiniani augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, cit., XX, como las naves españolas transportaron en las Indias enteras bibliotecas de derecho romano común que provenían de la obra de Justiniano propagándose en sus primeras Universidades; la primera de las cuales fue la de Santo Domingo en la Isla Española fundada en el año 1538 (*Bula In apostolatus culmine* de Papa Paulo III: Roma, 28-X-1538), aunque se suelen identificar como mayores a las de San Marcos de Lima, fundada en 1551 (Real provisión de Carlos V, Valladolid 12-V-1551/*Breve Exponi nobis nuper* de San Pío V, Roma 25-VII-1571) y a la de México, fundada también en 1551 (Real Cédula del príncipe don Felipe, Toro 21-IX-1551/*Bula Ex supernae dispositionis arbitrio*, 7-X-1595), cf. F. BETANCOURT, *Sobre la recepción del derecho romano en Colombia (Saec. XVII-XVIII)*, en *Estudios Calonge*, I (Salamanca 2002) 83; ID, *La recepción del derecho romano en Colombia (Saec. XVIII). Fuentes codicológicas jurídicas I: Ms. n.274 BNC*, Sevilla 2007, 203 ss. Y a tal respecto observa R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El derecho romano en las codificaciones iberoamericanas*, en *Contemporaneidad de los*

fuera de Castilla¹⁵.

Así, pues, los principios del derecho romano sobre el pago del tercero llegan a través de la praxis doctrinal seguida en Bolonia hasta la península ibérica¹⁶, por lo que ya en la obra legislativa primigenia del derecho castellano y conocida como Fuero Real se regulaban

*clásicos en el umbral del tercer milenio. Actas del congreso internacional de los clásicos. La tradición grecolatina ante el siglo XXI (del 1 al 5 de diciembre de 1998, coord. M. Pérez Morán) (La Habana 1999) 380: «la vigencia del *ius commune* en Castilla, a pesar de que los monarcas trataran de impedir su aplicación, sería una herencia que la corona bajo medieval castellana transmitió a la monarquía hispánica de la edad moderna, y, al recaer sobre los reyes de Castilla los títulos de dominio sobre los territorios indianos, les aplicaron unas instituciones y un derecho de gran tradición romana [...]. Además, durante la época colonial el derecho romano desempeñó diversas funciones [...] llegando a ocupar un lugar dentro del orden de prelación de fuentes aplicables en el derecho Indiano, por su pertenencia al derecho castellano, siendo fuentes supletorias del derecho Indiano [...] el Fuero Real y las Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio”». Sobre la aplicación del derecho común en América castellana vid. A. GARCÍA GALLO, *El derecho común ante el nuevo mundo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 80 (1955) 133 ss.; ID., *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española 1492-1824*, en *Index*, 6 (1976) 3 ss.; ID., *Estudios de historia del derecho Indiano*, Madrid 1972; C. PETIT, *El caso del derecho Indiano*, en *Quaderni Fiorentini*, 22 (1993) 665 ss.; F. CAMACHO EVANGELISTA, *Granada y el Derecho en América*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (1998) 399 ss. Sobre el derecho Indiano aplicado en los*

algunos aspectos del pago del tercero, en particular en la ley 11ª, título 20 (*'De las debdas e de las pagas'*) del libro III:

'Quando alguno es tenido de pagar debda, o de facer otra cosa alguna como casa o lavor, o otra cosa qualquiera, a plazo, qui quier que este debdo pague, o

territorios de ultramar (*vid. Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias mandadas a imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey. Don Carlos II, Madrid 1681*) observa B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago 1989, 8: «el derecho específico de indias se circunscribe fundamentalmente a tratar de los asuntos nuevos que presenta la vida jurídica en América española. En todo lo demás, o mejor dicho, en todas las instituciones y prácticas jurídicas de origen europeo, que son la mayoría, se aplica el derecho castellano. Así sucede en materia de [...] negocios jurídicos [...]. Todos estos aspectos se rigen íntegra o casi íntegramente por el derecho castellano», y, «Dentro de la dualidad derecho común-derecho propio, la posición del derecho común corresponde en América al derecho castellano. Esto significa que el derecho castellano se aplica siempre que no haya derecho propio sobre una materia, vale decir, derecho específico de indias. En consecuencia, el derecho castellano tiene en América española vigencia general. Se acude a él cada vez que hay que llenar un vacío del derecho específico de indias».

¹⁵ Observa A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Ibero América. S. XIX y XX*, Santiago 2000, 29: «Los juristas nacionales no siempre aceptaron que el *Corpus iuris civilis* tuviera vigencia positiva (*pro Auctoritate*) en sus respectivos Reinos, porque sus monarcas no reconocían dependencia del Imperio romano (*Sacrum Imperium*) cuyo era el *Corpus iuris civilis*; pero

ficiere la labor o la cosa que el otro avie de facer, pueda demandarlo a aquel que lo avie de pagar o de facer, maguer que él non gelo aya mandado pagar nin facer: et esto sea si el que avie de pagar el debdo o de facer la cosa, non avie escusa derecha porque non oviese de pagar el debdo o de facer aquella cosa; pero sil defendió que non pagase nin ficiese la obra, non sea tenido de responder por lo que pagó o que fizo contra su defendimiento'¹⁷.

Según esta ley, cuando alguien está obligado a pagar lo que otro debe, puede demandar el regreso contra este último aunque no le haya mandado de hacerlo, pero si el deudor le prohibió al tercero de pagar su deuda, el deudor no estará obligado a

terminaron por acordarle una vigencia doctrinal (*pro ratione*) que no implicaba ninguna sujeción a dicho Imperio. Esta versión fue la aceptada por Castilla y todavía era defendida en pleno siglo XVIII por el Consejo de ese Reino». Al respecto *vid.* también R. RIAZA, *El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12 (1929) 104 ss.

¹⁶ Según el *iter* tradicional del Sistema jurídico romanista, *vid.* S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune. Studi su origine ed attualità del sistema romano*, 2, Torino 1999, 49.

¹⁷ Esta la versión del Fuero Real del Rey Alfonso 'El Sabio' copiado del Código del Escorial, Real Academia de la Historia, Madrid 1836, 115; *vid.* también A. PALACIOS ALCAINE, *Alfonso X El Sabio. Fuero Real*, Barcelona 1991, 105.

responder por lo que el *solvens* pagó contra su prohibición.

En este sentido, en el Fuero Real ya se admite la eficacia del pago realizado por un tercero aun en el caso que se haya realizado de forma espontánea o inclusive contra la voluntad del deudor, a pesar de que para este último supuesto no se le reconoce al *solvens* el derecho a ser reembolsado por el deudor liberado. Por lo que cabría ver aquí la influencia que tuvieron a tal respecto las fuentes jurídicas romanas, como aquella colocada en D.17.1.40, en la que el jurisconsulto Paulo afirmaba que quien pagó contra la prohibición del deudor no tendrá el derecho de regreso mediante ninguna acción:

D.17.1.40 (PAUL. l. IX ad ed.):

Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

En efecto, como resulta del texto, Paulo, siguiendo la opinión de Pomponio, excluye tanto la *actio mandati* como la *negotiorum gestorum contraria* en favor del fiador que intervino contra la prohibición del deudor¹⁸, ya que al utilizarse la expresión *vetante* se haría referencia a una prohibición explícita y manifestada

¹⁸ Cf. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1, *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 560.

antes de que se proceda al pago¹⁹.

A tal respecto la doctrina²⁰ considera que la acción pertinente al caso concreto sería la *negotiorum gestorum contraria* pero adaptada en vía útil, la cual no presuponía de todos los requisitos de la ordinaria *negotiorum gestorum*²¹ al ser una aplicación equitativa para obtener el regreso en el límite del enriquecimiento injustamente obtenido por el deudor, que aunque contrario a la intervención del *solvens* se vio librado de su deuda²².

Además, del texto de Paulo parecería que pudo haber surgido una disputa jurisprudencial concerniente el derecho de regreso consiguiente a la *gestio prohibente domino* en la época romana clásica²³, ya que

¹⁹ Vid. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore*, extraído de Foro Italiano, XIV, f. 16, Città di Castello 1889, 1 ss.

²⁰ Cf. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano I, Le garanzie personali*, Padova 1962, 192 ss.; C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* cit., 360.

²¹ Vid. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., 5.

²² Cf. R. CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica*, Milano 2001, 9.

²³ Mientras que una tal controversia sí se presentó entre los glosadores, como resulta de G. HÄNEL, '*Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*', Lipsiae 1834, 241: Hugolinus §33, 275, 'An

de la locución *sed quidam* resulta que existían algunos *prudentes* que estaban de acuerdo en concederle al *solvens* al menos una *actio utilis*²⁴, la cual, sin embargo, es rechazada por Paulo y Pomponio²⁵.

Por lo que se refiere en concreto a las disposiciones de las Siete Partidas, éstas admiten la eficacia del pago

is qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat; al respecto vid. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit., 11; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *La cuestión prohibente domino en la corriente romanista del ius commune y su recepción en el contexto doctrinal europeo pre codificador: connotaciones de una problemática jurídica*, en *Revista General de Derecho Romano-Iustel*, 14 (2010).

²⁴ Otra mención está en C.2.18(19).24 *Imp. IUSTINIANUS A. IOANNI P.P. Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus trasmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa assimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem, super*

realizado por un tercero en la ley 1ª, título 14, de la Partida 5ª, intitulada 'Que quiere dezir paga, e quitamiento, e aque tiene pro':

'Paga tanto, quiere dezir como pagamieto q es fecho a aquel que deve recibir alguna cosa, de manera q finque pagado della, o de lo ql deué fazer. E quitamiéto es: quádo fazé pleyto al debdor de núca demádar, lo ql deuia, e le quitan el debdo, aquellos q lo

*anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem. Dat. XIV. Kal. Decemb. Constantinop. LAMPADIO et ORESTE Conss. [530.]; al respecto vid. V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit.; V. RIVALTA, *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna 1895, 111 ss.; F. SCHULTZ, *Nachklassische questionen in den justinianischen reformgesetzen des Codex Justinianus*, en ZSS, 50 (1930) 238 s.; K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur klassik*, Köln-Graz 1966, 126 ss.; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht*, Köln 1968, 86 ss.; R. CAVALLARO (a cura di), *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica* cit.; K. LUIG, *Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel Usus modernus*, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003, a cura di L. Vacca* (Torino 2005) 53 ss.; J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *Reconstrucción de una disputa jurisprudencial romana sobre el derecho de regreso consiguiente a la negotiorum gestio prohibente domino*, en *Revista General de Derecho Romano-Iustel*, 12 (2009); Id., *La cuestión prohibente domino en la corriente romanista del ius commune* cit.*

²⁵ Vid. L. B. SEGARRA, *Relaciones entre fianza y mandato en el derecho romano*, Alicante 1999, 306 ss.

puedé fazer. E tiene esto grád pro al debdor, por que quádo paga la debda, o le quitá della, fincá libres el, e sus fiadores; e los peños, e sus herederos, dela obligacion en que eran obligados, por que lo deuian dar o fazer'.

Además de exponer una definición del pago, del contexto de la ley se admite la posibilidad de que un tercero pueda realizarlo, lo que resulta de la frase *e le quitan el debdo, aquellos que lo pueden fazer*, reconociendo así la praxis jurídica castellana la intervención de un tercero dirigida a extinguir la deuda ajena.

Sin embargo, aún más relevantes al respecto son las disposiciones contenidas en la ley 3ª, del título 14, de la misma Partida 5ª, intitulada '*Como deven fazer la paga o el quitamiento, e a quien, o de que cosas*':

'...E non tan solamente es quito ome delo q deue faziendo paga dello por si mismo, mas faziendo la a un otro qualquier por el en su nome. E maguer aquel que deue aql debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso sería quito. E aun q lo supiesse e lo contradixesse'.

Esta ley confirma la eficacia del pago del tercero, ya lo consienta, lo ignore o se oponga el deudor principal, siguiendo así la tradición jurídica romana en materia de *solutio* del tercero *ignorante vel invito*

*debitore*²⁶, siendo algunos los *prudentes* romanos que a tal respecto admitían el pago del tercero realizado aun ante tales particulares circunstancias, como el jurisconsulto Gayo según D.3.5.39(38):

D.3.5.39(38) (I. III. de verb. oblig.):

Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse.

El texto afirma que cualquiera puede pagar la deuda ajena aun sin el conocimiento del deudor (*ignorante debitore*), lo que haría de tal intervención una *negotiorum gestio*, ya que la *ignorantia* del deudor presupondría su ausencia del *locus solutionis*, siendo este uno de los requisitos para configurar una *negotiorum gestio*²⁷.

Asimismo, el texto admite la posibilidad de que la *solutio* del tercero se realice contra la voluntad del deudor al utilizarse en él la locución *invito debitore*. Y tal circunstancia plantea la cuestión del efectivo

²⁶ Al respecto J. C. PRADO RODRÍGUEZ, *La solutio del tercero ignorante vel invito debitore y sus vías de regreso contra el deudor*, en *IVRA* 59 (2011) 216 ss.

²⁷ Sobre la ausencia *vid.* Gayo en D.44.7.5pr., y sobre el texto A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino 1997, 63.

significado de la expresión *invito*, ya que dependiendo de su interpretación podrían derivar distintas consecuencias jurídicas²⁸.

En efecto, la locución *invito debitore* indicaría que existe una voluntad contraria del deudor a que otros paguen su deuda pero que, sin embargo, aún no habría sido por éste manifestada debido a su ausencia, y por ende no habría llegado a conocimiento del tercero *solvens*, lo que se explicaría también en la hipótesis de que aun sabiendo este último de la contrariedad del deudor a que otros paguen su deuda, sin embargo, paga igualmente en su ausencia para evitarle al deudor los perjuicios que le ocasionarían el consiguiente estado de insolvente²⁹, y que podría también afectar sus propios intereses, todo ello en la esperanza de una posterior ratificación de la *solutio* por parte del deudor ya liberado³⁰.

Hay que tener en cuenta que en el texto no se encuentran las locuciones *vetante* (D.17.1.40) o

²⁸ Sobre la diferencia entre las locuciones *invito* y *prohibente debitore* vid. G. PACCHIONI, *Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano 1893, 670.

²⁹ Como la nota de infamia por causa de la *bonorum venditio*, vid. A. ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Colección Ciencia y Pensamiento jurídico. 1, Santiago de Compostela 2010, 213, nt.333.

³⁰ En materia vid. M. DE FILIPPI, "*Ratihabitio*", Bari 2002; A. KACPRZAK, *La ratihabitio nel diritto romano classico*, Napoli 2002.

prohibente (C.2.18(19).24), que aludirían en cambio a una explícita voluntad contraria ya manifestada por el deudor antes o simultáneamente a la *solutio* del tercero, y que excluiría el estar ante una *negotiorum gestio* al comportar que el deudor no está ausente del *locus solutionis*³¹.

A tal respecto, ya Pacchioni³² observaba la profunda diferencia que existe entre una gestión realizada *invito domino* de aquella *prohibente domino*, y que en el ámbito de la *solutio* del tercero, esta última locución equivaldría a estar ante una explícita prohibición del deudor a que el *solvens* se entrometa en su deuda, mientras que *invito debitore* sería aquella voluntad contraria pero aún no manifestada por el deudor a que otros paguen su deuda, sobre todo porque no sabría de la posibilidad de que esto se pueda verificar. En este sentido puede suceder que un tercero pague sin saber cuál es la efectiva voluntad del deudor, como sucede en la *negotiorum gestio*, y por ello se utilizaría el término *invito debitore*³³.

De tal forma, las afirmaciones de Gayo indican que

³¹ Cf. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1. cit., 558.

³² G. PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit., 670.

³³ En efecto, las fuentes que admiten la *solutio* del tercero *invito debitore* hacen referencia también a la locución *ignorante debitore*, que equivaldría a estar en el ámbito de la *negotiorum gestio*, así en D.3.5.39(38), D.46.3.23, D.46.3.53 y I.3.29pr.

la intervención del *solvens* aun en tales circunstancias tienen su fundamento en el principio según el cual a cualquiera le es lícito mejorar la condición de los demás pero no empeorarla, como resulta de la frase en D.3.5.39(38) *alienam conditionem meliorem quidam, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse*.

Siguiendo tal razonamiento, también en D.46.3.53 Gayo afirma la eficacia de la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore*:

D.46.3.53 (I. V. ad ed. prov.):

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.

Sin embargo, en ambos textos Gayo no menciona de forma explícita el consiguiente derecho de regreso del *solvens*, o tal vez el hecho de estar ante supuestos que comportarían una *negotiorum gestio* supondría la posibilidad de proceder con la respectiva *actio contraria* en vía de regreso.

Y asimismo Pomponio en D.46.3.23 admite la eficacia de la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore*:

D.46.3.23 (I. XXIV. ad Sab.):

Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

Sin embargo, tampoco Pomponio hace referencia al consiguiente derecho de regreso del *solvens*, aunque si consideramos estar aquí también ante supuestos que comportan una *negotiorum gestio*, resultaría posible admitir que el *solvens* proceda con la respectiva *actio* al igual que se deduce de la interpretación de los textos de Gayo antes mencionados.

En tal contexto, sin embargo, si consideramos la máxima de Paulo en D.50.17.69 (*l. sing. de adsign. libert.*) *Invito beneficium non datur*³⁴, resultaría que en la praxis romana no se podía beneficiar a un sujeto contra su voluntad; en este sentido, y más allá del efectivo significado atribuido a la locución *invito debitore*, cabría precisar la diferencia entre lo que se entiende por beneficio y por utilidad, donde la *solutio* del tercero debería considerarse como una utilidad para el deudor, ya que al realizar el pago el *solvens* espera que el deudor liberado le devuelva posteriormente los gastos efectuados para tal propósito, mientras que si fuese un beneficio a su favor estaríamos ante un cierto *animus donandi* del *solvens*³⁵.

³⁴ Sobre el tema, P. SCHULTZ- S. F. WILLENBERG, *De beneficio invito dato*, Frankfurt an der Oder 1691.

³⁵ Vid. C.2.18(19).12; G. G. ARCHI, "Animus donandi", en *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona, 27,28,28- IX- 1948, III* (Milano 1951) 109 ss.; S. BROISE, "Animus donandi". *Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa 1975.

Por lo que se refiere a la época justiniana, en esta también se admite la eficacia de la *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore*:

I.3.29pr.:

Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tantem interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

El fragmento establece que no importa quién pague la deuda, al quedar libre el deudor también si lo hace un tercero por él, tanto con el conocimiento (*sive sciente debitore*), como *ignorante vel invito debitore*, confirmando así la praxis de la época clásica sobre la admisión de esta forma de extinción de las obligaciones, pero sin esclarecerse aún las consecuencias relativas al derecho de regreso del *solvens*, ya que el fragmento justiniano nada dice al respecto; sin embargo, de las consideraciones sobre los textos de los *prudentes* clásicos antes mencionados, se podría deducir el estar ante una *negotiorum gestio* y proceder por lo tanto con la respectiva *actio contraria* para el regreso.

Así, pues, y sobre la base de las fuentes romanas consideradas, se puede observar como éstas sirvieron de fundamento a la ley 3ª, título 14, Partida 5ª, en la que también se resalta como un tercero podía pagar la deuda en nombre del deudor aun ante tales particulares circunstancias, por lo que al extinguirse la deuda y al determinar la liberación del deudor, se genera en favor del *solvens* un derecho de regreso por lo gastado en utilidad del deudor³⁶.

Asimismo, de las disposiciones de las Partidas resulta que el pago realizado por un tercero no requería de una previa y determinada relación jurídica entre el deudor y el *solvens*, pudiéndose realizar por cualquier razón que impulse este último a pagar la deuda ajena, lo que se recaba de la última parte de la ley 32ª, título 12, Partida 5ª, intitulada '*De la paga, que recibe, o faze alguno en nome de otro*', la cual haría referencia implícita a una *negotiorum gestio*³⁷, cual fundamento de

³⁶ Observa J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Granada 1999, 104, que sería lógico pensar que tal pago extingue la obligación liberando así al mismo deudor, sus fiadores y las prendas, pero la citada ley 3ª se limita a decir que queda libre el deudor, sin pronunciarse sobre los demás obligados, aunque también cabría entender que produciría los efectos ya descritos en la ley 1ª, pues se entiende como si lo hubiere realizado el mismo deudor.

³⁷ Sobre la *negotiorum gestio* en derecho romano y la consiguiente acción es suficiente citar en esta sede, B. BIONDI, s.v. «*Gestione d'affari altrui (Diritto romano)*», en *NNDI*, VII

la intervención del *solvens* (*gestor*) y dirigida a extinguir la deuda del deudor (*dominus negotii*), e impondría a éste el deber de devolver lo que el *solvens* pagó en su nombre, como si lo hubiese hecho sobre la base de un precedente mandato:

'...Otrosi dezimos, q si un ome pagasse debda verdadera, que otro como deuiesse, que luego que la ha pagada, que finca el q la deuia libre, e quito, maguer la pagasse sin su mandato. Pero aquel por quien es: fecha esta paga: es tenuto de dar al otro, aquello que por el pago, tábien como si lo ouisse pagado por su mandato'.

En este sentido, la ley castellana hacía referencia al hecho que el *solvens* se encuentre en la condición de gestor de negocios ajenos, pudiendo por lo tanto proceder para el regreso con los medios predispuestos para tal respecto, y en este sentido podríamos tomar las referencias de Paulo en D.17.1.20.1, donde se considera la posibilidad para el *solvens* de proceder con

(Torino 1961) 810 ss.; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio in römischen Recht* cit.; G. NICOSIA, s.v. «Gestione d'affari altrui (Premessa storica)», en *ED*, 18 (Milano 1969) 628 ss.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, I. Azione pretoria e azione civile*, Napoli 1999; ID., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1.* cit.; ID., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Napoli 2006.

la *actio negotiorum gestorum contraria* en vía de regreso contra del deudor:

D.17.1.20.1 (*l. XI. ad Sab.*):

Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

Sin embargo, es en la primera parte de la ley 12ª, título 12, Partida 5ª, intitulada '*Como el deudor principal es tenuto de dar al fiador lo que pago por el*', donde se prevé de forma explícita, además de las varias formas de intervención del *solvens* en favor del deudor, el consiguiente derecho de regreso para el *solvens*:

'Mandando vn ome a otro entrar fiador por el, o entrádo el otro fiador por el de su volúdad, delante aquel quien fia sin su mádado, e nó lo contradiziendo, o entrádo fiador por el, a otra parte sin su sabiduria e sin su mádado, e quando lo sabe, cósiene en lo q el otro fizo e le plaze, o si entra fiador otrosi por el, sin su mandado, sobre cosa que otro deve dar, o fazer, aque sea a su pro. Maguer non lo consienta, en qualquier destas maneras que entrasse fiador, vn ome por otro, valdria la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel quien fia, tenuto es el otro de gelo dar, e fazer cobrar....'.

Esta ley admite la eficacia de todas las posibles formas por las que el *solvens* interviene para extinguir

la deuda ajena, es decir, por mandato del deudor, de forma espontánea (sin mandato) o sin el consentimiento del deudor, y en todas estas formas de intervención la ley castellana establece que el deudor liberado deberá devolver la cantidad utilizada por el *solvens*.

Y a tal respecto Gregorio López³⁸ toma en consideración fuentes romanas como D.17.1.20.1³⁹, D.17.1.6.2⁴⁰ y D.17.1.53⁴¹, donde además afirma que esta ley se halla de acuerdo con Azonis (en *Summa Codicis de fideiussoribus*). En este sentido López

³⁸ En *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso El IX: con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado*, III, Barcelona 1843, 275 s.

³⁹ *Vid. supra* en el texto.

⁴⁰ D.17.1.6.2 (ULP. I. XXXI. ad ed.): *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.*

⁴¹ D.17.1.53 (PAP. I. IX. Quaest.): *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati. Quodsi pro invito vel ignorante alteriutrus mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi; nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur, id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.*

contempla la posibilidad de proceder para el regreso con los medios jurídicos propios del derecho romano que caracterizan la relación por la cual se emprendió la gestión solutoria, así la *actio mandati* y la *negotiorum gestorum contraria*.

Sin embargo, y a pesar de hacer válida la intervención del tercero en todos los aspectos que favorezcan la liberación del deudor y admitir también el consiguiente derecho de regreso para el *solvens*, en la segunda parte de la misma ley 12^a se establecen tres excepciones a tal respecto: la primera es si el *solvens* (fiador) pagó con la intención de no reclamar luego el regreso al deudor (*animus donandi*); la segunda si el fiador asumió la fianza para su propia utilidad, mientras que la tercera si la asumió en contra de la voluntad del deudor (*prohibente debitore*)⁴²:

⁴² Según observa B. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación* cit., 107, cabría añadir una cuarta excepción al derecho de reembolso del fiador contra el deudor principal: cuando por mandato de un tercero asumió el fiador la fianza sin estar presente el deudor. En este caso, si el fiador paga por el deudor no podrá repetir contra éste sino sólo contra el tercero por cuyo mandato asumió la fianza, salvo que asumiendo dicha fianza por mandato de un tercero y presente el deudor, éste no se opusiese, o cuando asumiendo la fianza en nombre del deudor y no estando este presente la fianza le fuese útil, en cuyos casos quedará al arbitrio del fiador de repetir contra el deudor principal o contra el mandante, donde a tal respecto se puede confrontar D.17.1.53.

'...Fueras ende en tres casos. El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro aquello que fia, o de lo pagar por el para nunca gelo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento de aql aquíé fio. Como si dixesse, non vos ruego que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo; o diziendo otras palabras semejantes destas'.

Precisamente es esta última excepción la que suscita mayor interés⁴³, donde cabría entender que el fiador que pagó contra la explícita prohibición del deudor, según la frase *non vos ruego, que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo*, podrá repetir de éste la cantidad utilizada para su liberación⁴⁴, entendiéndose

⁴³ La prohibición del *dominus* cierra la posibilidad a la *actio negotiorum gestorum contraria* según D.17.1.40 y C.2.18(19).24. Exceptúese el caso en que haya un interés público al pago de la deuda, *vid.* por lo que concierne a la glosa, PILII MEDICINENSIS, *Questiones Sabbatine*, en *Corpus Glossatorum iuris civilis*, IV, ed. Romae 1560 (rest. Torino 1967) 1 ss.; y las referencias de K. LUIG, *Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel Usus modernus cit.*, 53 ss. Sin embargo, para el derecho romano cabría la posibilidad de proceder con una *actio negotiorum gestorum* adaptada en vía útil, *vid.* E. VALIÑO, "Acciones utiles", Pamplona 1974, 217 ss.; V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domino cit.*

⁴⁴ Observa B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, V, 3ª ed., Madrid 1878, 67, que en este caso «puede repetir el fiador por todo

que el pago fue realizado en nombre y con la intención de liberar el deudor (*animus solvendi*)⁴⁵.

Asimismo, interesante resulta la parte final de la ley 3ª, título 12, Partida 5ª, intitulada '*Que fuerza ha el desamparamiento, que faze el debdor de sus bienes, por debdo que deue*':

'...E maguer aquel que deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso sería quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse'.

Sobre la base de esta disposición se admite el pago del tercero aun si el deudor lo *contradixesse*, por lo que de ambas leyes se recaba que ya las Siete Partidas preveían y regulaban el pago del tercero *prohibente debitore*, a pesar de que ambas consideran sólo la eficacia del pago así realizado sin hacer

aquello en que el deudor principal se hizo más rico, pues la equidad no permite que uno se enriquezca a expensas y con daño de otro»; a tal respecto podemos tomar los principios romanos establecidos por Pomponio en D.50.17.206 (*l. IX var. lect.*): *lure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*; y en D.12.6.14 (*l. XXI ad Sab.*): *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*. En materia vid. C. A. CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, en *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003; a cura di L. Vacca*, (Torino 2005) 13 ss.

⁴⁵ Vid. también J. SÁNCHEZ - ARCILLA, *Las Siete Partidas cit.*, 759.

referencia explícita al consiguiente derecho de regreso del *solvens*, el cual podría recabarse en cambio de las disposiciones que reproducen de alguna manera el instituto romano del *beneficium cedendarum actionum*⁴⁶.

Y en efecto, en las Partidas existen referencias al pago con subrogación regulado en las codificaciones civiles modernas⁴⁷, al admitir que el fiador que pagó la totalidad de la deuda (*in solidum*) podrá obtener del acreedor satisfecho la cesión de las acciones del crédito que tuviere contra el deudor, independientemente de la voluntad de este último, es decir, aun si fuese contrario a que otros paguen su deuda.

⁴⁶ Locución atribuida a los Comentaristas italianos, *vid.* BALDUS DE UBALDIS, *Ad XLVI libro Digestorum de fideiussoribus et mandati, lex XVIII*, en *In primam et secundam Infortiati partem Commentaria*, ed. Venetiis 1577, f.30: «*beneficium cedendarum potest agendo implorari*». Sobre el tema, F. BRIGUGLIO, «*Fideiussoribus succurri solet*», Milano 1999; G. PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, en *Studi Sanfilippo*, IV (Milano 1983) 609 ss.

⁴⁷ Sobre el tema es suficiente citar, U. MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino 1924; M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova 1933; J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación* cit.; A. MAGAZZÚ, s.v. «*Surrogazione (per pagamento)*», en *ED*, 43 (Milano 1990) 1530 ss.; O. CAGNASSO, s.v. «*Surrogazione per pagamento*», en *EG*, XXX (Roma 1993) 1 ss.; P. DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid 1998; N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid 2000.

En este sentido, si el fiador pagó la deuda en nombre del deudor podrá compeler al acreedor a que le ceda las acciones del crédito satisfecho al objeto de poder reclamar luego el reembolso al deudor principal. Sin embargo, puede surgir el inconveniente de que al extinguirse el crédito en consecuencia del pago del tercero, se extingan también las acciones que lo integraban al ser como si hubiese pagado el mismo deudor.

Por lo tanto, si el fiador paga en nombre del deudor tendrá el derecho a solicitarle al acreedor, en el mismo instante que realiza el pago, que le ceda las acciones de su crédito, ya que no le son útiles pues este ha sido satisfecho; y precisamente este derecho de regreso indirecto resulta de la interpretación de la ley 11ª, título 12, Partida 5ª, intitulada *'Como aquel que recibe la paga, de alguno de los fiadores, le deve otorgar poder, para demandar a los otros'*:

'Pagando alguno de los fiadores, todo el debdo en su nome, puede demandar a aquel a aquel a quein faze la paga, que le otorgue el poder que auia para demandar el debdo, contra los fiadores, que fueran sus compañeros, en aquella fiadura. E otrosi el que auia contra el debdor principal, e el deue gelo otorgar, e despues que le fuere otorgado este poder, en su escogencia es, de demandar a cada vno de los otros fiadores, aquella parte que pago por ellos. E si alguno y

ouiesse tan pobre, que la non pudiesse entonce pagar, deue tomar de tal recabdo, que le pague cada que pueda. E puede a vn demandar la parte que pago por si, al debdor principal. E si esto non quisiere fazer assi, puede demandar el por si mismo al principal debdor, todo el debdo; maguer el Señor del debdo, non le otorgasse el poder, que auia contra el. Mas si acaeciese que alguno de los fiadores pagasse todo el debdo en nome de aquel que fio, e non en el suyo, entonce, aquel que recibe la paga del, non puede otorgar poder, para demandar alguna cosa, a los otros fiadores. E esto es, porque todo el derecho que el auia contra los fiadores, para demandarles la debda, o para otorgar poder para lo demádar, a aquel que gelo pago, todo se remata, porque el fiador le fizo la paga en nome del debdor principal. Empero el fiador que assi pagasse la debda como sobre dicho es, en saluo finca su demanda, para poder demandar lo que pago, a aquel por quien entro fiador. E si alguno de los fiadores pagasse todo el debdo simplemente, non diziciendo que lo fazia en nome del debdor principal, ni en el suyo, si luego que la paga ha fecha, demanda a aquel que la faze, que le otorgue poder de demandar lo que pago a los otros fiadores, dezimos, que le deue ser otorgado. E si entonce non lo demanda, dende adelante, non gelo deue atorgar, porque semeja, que fizo la paga en nome

*del deudor principal, e non en el suyo. Pero bien puede demandar al deudor, que le de lo que pago por el'*⁴⁸.

Así, pues, la posibilidad de que el *solvens* pueda proceder contra el deudor aparece de las referencias que plantea esta ley al otorgamiento por parte del acreedor satisfecho del 'poder' para intentar demandar al deudor liberado⁴⁹.

En este sentido la ley 11^a, conjuntamente a la ley 34^a⁵⁰ del título 13 de la misma Partida, reproducen de

⁴⁸ Sobre la ley en cuestión *vid.* Gregorio López, *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*, (ed. de Portonaris, Salamanca 1555) facsímile BOE, Madrid 1985, III, f.76 (d).

⁴⁹ *Vid.* J. FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación cit.*, 108.

⁵⁰ *'A dos omes podría ser empeñada vna cosa, al vno primeramente, e al otro después. E si acaesciesse, que despues desso el señor de la cosa la empeñasse avn a otro tercero; en tal manera podria ser fecha la obligacion, que este tecero auria el derecho en la cosa empeñada, que auria el primero. E esto seria, si en la obligacion fuesen guardadas estas tres cosas. La primera es, que este tercero recibiesse la cosa a peños, con entencion que los dineros que diesse sobre ella, fuesen dados a aquel a quein fue obligada primeramente. La segunda, que fiziesse tal pleyto con aquel que gela empeño, que el derecho que el otro auia sobre la cosa empeñada, quel ouisse el. La tercera, que los dineros le fuesen dados assi en todas guisas al primero. Mas si el segundo a quien fuesse otrosi empeñada la cosa, pagasse los dineros al tercero, maguer non fiziesse otro pleyto ninguno con el, entonce el derecho que auia el tercero en la cosa, tornaria al segundo. Otrosi dezimos, que si otro estraño, a quien non fuesse*

alguna forma los institutos romanos del *beneficium cedendarum actionum* en materia de fianza, y de la *successio in locum creditoris* en ámbito hipotecario, sin que se realice aún la fusión en la moderna subrogación⁵¹.

obligado el peño sobredicho, nin auisse derecho ninguno en el, lo quitasse del primero a quien fuera empeñado sobre tal pleyto, que le otorgasse el otro el derecho que auia sobre el peño; entonce tambien le fincaria obligada la cosa, como si gela auisse empeñado primeramente el señor della'.

⁵¹ En efecto, tales institutos marcaron el precedente histórico de lo que posteriormente sería la subrogación legal, *vid.* G. M. MERLO, *La surrogazione per pagamento* cit., 27 ss. A tal respecto, ya DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris 1777, 240) y POTHIER (*Coutume d'Orléans*, en *Oeuvres complètes*, I, Paris 1845, 661), justificaron la creación de una nueva figura parecida al *beneficium* y a la *successio*, ambas originadas por el pago del tercero, al cual se le dotaba por razón de equidad de medios para tutelar sus intereses. Con la fusión de ambas figuras se dio origen a la actual subrogación legal, produciéndose así una institución jurídica para la que no hacía falta solicitar la cesión de la acción de crédito, ya que el traspaso se producía *ope legis*, cuando una persona pagaba por otra, entrando así en la situación jurídica del acreedor satisfecho y adquiriendo por ficción todos los derechos que este tenía. Así, pues, la subrogación legal surge en el ámbito del derecho intermedio francés a principios del siglo XVI. Sin embargo, su denominación se debe al derecho canónico, ya que existió una práctica llamada subrogación relacionada con los beneficios en ámbito procesal del clero, donde si uno de los contendientes renunciaba o moría,

A tal respecto las Partidas distinguen entre el caso en el que el fiador al pagar la deuda ajena lo haga 'en su nome', en cuyo caso puede obligar al acreedor a que le ceda sus acciones, de aquél en el que el fiador 'pagasse todo el debdo en nome de aquel que fio, e non en el suvo', donde en tal caso se produce la extinción

a nadie se le otorgaba su lugar hasta terminada la causa, pero si alguien lo solicitaba debía ser admitido y subrogado en tales derechos; por lo tanto, se hizo en la Corte Romana la norma llamada 'De subrogandis conllitigantibus'. Mientras que en Francia a las personas que obtenían beneficios procesales y querían pasar a ocupar el lugar de uno de los contendientes que quería renunciar o había muerto, obtenían la autorización real de la Cancillería de Palacio llamada 'Carta de subrogación', cf. N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero* cit., 117 ss. Por otra parte, el artículo 194 de la Costumbre de Bretaña (del 1539) admitía que el fiador que pagó más de lo que debía, poseía un recurso contra sus obligados sin tener que demandar ningún tipo de cesión. Legislativamente la subrogación tuvo su primera aceptación en el año 1609 en una declaración del Rey Enrique IV en la que se transformaba uno de los supuestos que producía la *successio in locum creditoris* en subrogación legal, dándose cuando un extraño prestaba dinero al deudor para que pague al acreedor, subrogándose así en razón del préstamo en la posición del acreedor satisfecho por razones de justicia y de equidad. En tal contexto además, un edicto de 1609 permitió realizar al deudor la subrogación del nuevo prestamista en la situación del antiguo, dotándole de las mismas garantías y derechos que este tenía para con aquél. Posteriormente esta práctica se generalizó por una disposición del Parlamento de París del 6 de junio de 1690 con el nombre de 'Arrets des subrogations' a toda clase de

del crédito, ya que el pago fue realizado como por el mismo deudor, no pudiéndose por lo tanto solicitar dicha cesión, teniendo sólo que proceder para el regreso contra el deudor directamente con los medios que resultan de la relación a la base de la gestión solutoria del *solvens*.

Y puede ocurrir también que el fiador pague '*non diziendo que la fazia en nome del debdor principal, ni en el suvo*', donde en tal caso el fiador puede solicitar la cesión de las acciones al acreedor pero sólo simultáneamente al pago, puesto que si lo hace después el efecto sería el mismo que si lo hubiese hecho en nombre del deudor, pudiendo así dirigirse sólo contra este último con el riesgo que sea contrario y rechace cualquier regreso⁵².

Sobre la base de tales afirmaciones resulta interesante observar como las disposiciones de la ley castellana reproducen el mecanismo romano de la *cessio actionum* hipotizado por el jurisconsulto Juliano a través de aquella particular forma de compraventa (ficticia) del crédito (de sus acciones), y en la que el pago del tercero representaba el precio del crédito que estaba por cederse; esto lo recabamos del particular

deudas. En materia *vid.* H. LEVY-BRUHL, *Histoire de la lettre de change en France aux XVII et XVIII siècles*, Paris 1933, 227 ss.; B. AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio en España (Seis siglos de práctica trayecticia)*, Madrid 1988, 139 ss.

⁵² Cf. N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero cit.*, 110 s.

sobre la simultaneidad de las respectivas operaciones, es decir, que el pago se realice en el mismo instante de la cesión de las acciones del crédito, ya que si estas se solicitaban *a posteriori*, el pago las habría extinguido junto con el crédito, según se recaba de la interpretación de D.46.1.17:

D.46.1.17 (IUL. I. LXXXIX Digest.):

Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

Del contexto del fragmento se podría presumir que el fiador ha pagado la deuda garantizada pero sin hacerse previamente ceder las acciones que el acreedor poseía, así logrando liberar al deudor pero necesitado para obtener las acciones que le servirían luego para el regreso, que la cesión se realizase simultáneamente a la *solutio*⁵³.

A tal respecto Juliano afirma que la praxis de la época era favorable en auxiliar al fiador (*succurri solet*), en el sentido de reconocerle la cesión de las acciones por parte del acreedor satisfecho. Ahora bien, la simetría con la que debía realizarse dicha cesión se recaba del hecho de que el fiador está por pagar la totalidad de la deuda (*solidum solvere paratus est*) pero debe hacerlo simultáneamente a la cesión, entendida en este caso como venta de las acciones que

⁵³ Cf. F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” cit., 262.

integraban el crédito (*vendere ceterorum nomina*)⁵⁴.

En tal contexto, sin embargo, surgiría la cuestión de que en el momento en el que el fiador paga la deuda, por consecuencia se extinguirían las acciones que el acreedor tenía contra el deudor por haberse extinguido la misma. Por lo que era necesario encontrar un modo para lograr extinguir la deuda y al mismo tiempo mantener existente el crédito con las acciones que lo integraban para así realizar la cesión de las mismas, ya que si el fiador no pagaba no habría podido pretender la cesión, pero si lo hacía no tendría en cambio la posibilidad de hacérselas ceder al haberse extinguido el crédito junto con las acciones.

Así, pues, para encontrar una vía dirigida a satisfacer el acreedor sin extinguir la deuda con la *solutio*, surgió la idea de que no se trataba de una simple cesión de acciones *inter vivos*, sino de una compraventa (ficticia) de las mismas, y en la que la *solutio* se entendería como el pago del precio por tales acciones⁵⁵.

⁵⁴ Cf. F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 267.

⁵⁵ Observa F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 267, que en la experiencia jurídica romana, gracias a la construcción juliana se recurre a una interpretación dirigida a eliminar el problema de que la *solutio* extinga la obligación y con ella también las respectivas acciones. Sobre la *solutio* de la deuda entendida como el precio por la cesión de las acciones del crédito *vid.* también G. PROVERA, *Riflessioni sul beneficium*

Y de la frase del texto *fideiussoribus succurrit solet*, emerge que sería habitual para la praxis de la época socorrer a los fiadores para que pudieran recurrir a tal mecanismo⁵⁶.

A tal respecto, también Paulo en D.46.1.36 sigue este mismo razonamiento:

D.46.1.36 (l. XIV. ad Plaut.):

Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

Aquí el jurisconsulto considera que no se debe entender la *solutio* como el acto que extingue la deuda, sino como el precio de la compra de las acciones que integran el crédito⁵⁷. Y el supuesto narrado en el texto es el de un crédito garantizado por varios fiadores en el que al recibir el acreedor el pago por uno de ellos (*in solidum*) cede sus acciones. Frente a ello aún no se habla de venta del crédito, a pesar de que Paulo *cedendarum actionum* cit., 639 ss.

⁵⁶ Cf. F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 270.

⁵⁷ Sin embargo, las posibles interpolaciones que el texto presenta ponen en duda la originalidad de la referencia a la venta del crédito, *vid.* F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 272 ss.

observa que las acciones se extinguen ya que con la *solutio* el acreedor ha recibido lo que se le debía y todos los fiadores quedan liberados⁵⁸.

Sin embargo, es en la continuación del texto en donde se observa que la *solutio* debe entenderse como el precio correspondiente al valor del crédito⁵⁹, y la terminología utilizada indica precisamente que se trata de una venta del crédito que se tiene hacia el deudor (*nomen debitoris vendidit*), y en el que la *solutio* es aceptada por el acreedor como el precio del mismo, siendo necesario, sin embargo, respetar la simetría entre la *cessio* y la *solutio*⁶⁰.

Por otra parte, también Modestino se pronuncia al respecto en D.46.3.76:

D.46.3.76 (l. VI. respons.):

Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur

⁵⁸ A la imposibilidad de recurrir a la venta del crédito después de la *solutio* hace referencia C.5.58.1; sobre el rescripto *vid.* F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” *cit.*, 290 ss.

⁵⁹ En este sentido G. BRANCA, *s.v.* «*Adempimento (Diritto romano e intermedio)*», en *ED*, 1 (1958) 550, observa que los romanos no veían en la cesión un cumplimiento *strictu sensu*, pero sí a una venta del crédito al tercero.

⁶⁰ Cf. F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” *cit.*, 277 ss.

actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

Aquí Modestino narra como un sujeto paga *ex causa tutelae* sin hacerse antes ceder las respectivas acciones al no existir un acuerdo entre el *solvens* y el acreedor para ello, por lo que la cesión no se lleva a efecto por no haber sobrevivido ninguna acción a causa de la *solutio*. En consecuencia se plantea si la cesión deba realizarse *ante solutionem* o en virtud de un previo acuerdo entre el *solvens* y el acreedor, de forma que aun en el caso de que se haya llevado a cabo la *solutio*, las acciones se mantendrían intactas.

Sin embargo, del texto resulta que la cesión se verificó después de la *solutio*, surgiendo la duda de si se habría extinguido el crédito junto con las acciones. A este respecto Modestino afirma que la *solutio* debe considerarse como el pago del precio por la cesión de las acciones, mostrando además que la cesión puede realizarse aun después de la *solutio* pero sólo cuando haya precedido un acuerdo entre las partes, el cual serviría de fundamento para derogar el principio de la simetría entre *cessio* y *solutio*⁶¹.

⁶¹ Cf. F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” cit., 287. Asimismo, interesantes consideraciones se recaban de un rescripto de Gordiano en C.8.41(40).14.1, en el que la

En consecuencia, es plausible admitir una praxis en la que el *solvens* solía obtener las acciones del crédito por parte del acreedor satisfecho mediante el recurso a la *cessio actionum*, ya que en el caso que este último rehúse de aceptar la *solutio* del tercero surgirían los extremos para que el acreedor se constituya en mora⁶², lo cual podía suceder cuando rechazaba la prestación o no cooperaba para recibirla, al ser igualmente eficaz la *solutio* realizada por el tercero⁶³.

Para la época justiniana⁶⁴, el recurso a la *cessio actionum* se consolidó al hacerse obligatoria la cesión de las acciones del crédito para el fiador que pagaba la deuda garantizada⁶⁵, estableciéndose que el acreedor que haya sido satisfecho deba subrogarlo en sus derechos de crédito que tenía contra el deudor liberado⁶⁶.

Así, pues, cuando un fiador pagaba la deuda

transferencia del *ius pignorum* que le corresponde al acreedor puede hacerse sólo si la *solutio* se considera *nominis redemptione*.

⁶² Vid. D 46.3.72pr.

⁶³ Cf. J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, II, 14ª ed., Madrid 1977, 567.

⁶⁴ En la cual la introducción del *beneficium cedendarum actionum* llegó a consolidarse a través de la Novela 4 del 535 d.C., vid. F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 4 ss.

⁶⁵ Cf. F. BRIGUGLIO, "*Fideiussoribus succurri solet*" cit., 8.

garantizada podía solicitarle al deudor el regreso con la *actio mandati contraria* o con la *actio negotiorum gestorum contraria* según la relación por la que se había constituido la garantía entre las partes. Sin embargo, el fiador podía también dirigirse contra el deudor con la acción más ventajosa que poseía el acreedor satisfecho, ya que se partía del hecho de que este último debía cederle sus acciones junto a todos los demás privilegios que la conformaban al no serles ya de utilidad en cuanto había visto satisfecho su crédito.

Para lo cual en un principio se requería que la *cessio* fuese solicitada por el *solvens* al no realizarse *ipso iure*, siendo también necesario que se haga antes o simultáneamente a la *solutio*, ya que el traspaso se concebía como si se tratase de una compraventa de las acciones del crédito, por lo que debía realizarse cuando estas aún existían. En este sentido, el fiador tenía, por un lado, la posibilidad de dirigirse en vía directa contra el deudor con las acciones que surgían de la relación por la que se instauró la fianza, y por otro, también disponía de un medio indirecto para el regreso, pero que estaba condicionado a la aceptación del acreedor⁶⁷.

⁶⁶ De lo cual resulta evidente como dicho *beneficium* tiene sus raíces en la *aequitas*, cf. F. BRIGUGLIO, “*Fideiussoribus succurri solet*” cit., 9.

⁶⁷ Observa S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* cit., 53, que cuando al *solvens* le correspondía el *beneficium cedendarum actionum* se realizaba una venta coactiva.

Por lo tanto, la cesión de las acciones no comportaba un regreso directo para el *solvens*, ya que se basaba en una relación entre el fiador y el acreedor, mientras que el regreso directo en aquella entre el fiador y el deudor principal.

De tal forma, el regreso directo (*strictu sensu*) habría sido absorbido en el *beneficium cedendarum actionum* mediante el cual fue posible dirigirse hacia el deudor por vía indirecta, pasando primero por el acreedor⁶⁸, y se aplicaba sólo en los supuestos donde no existía un negocio sobre el cual se había instaurado la fianza prestada, como podía ser el mandato o la *negotiorum gestio*⁶⁹.

Este *beneficium* tiene sus raíces en la *aequitas*, la cual está a la base de la relación entre el fiador y el acreedor, ya que el fiador está pagando una deuda a él ajena⁷⁰, siendo conforme a la *aequitas* que obtenga del acreedor las acciones de crédito para mantener inalterado el equilibrio entre las partes, ya que de lo contrario el fiador habría resentido un detrimento en su

⁶⁸ Sin embargo, observa M. TALAMANCA, s.v. «Fideiussione (Parte storica)», en *ED*, 17 (Milano 1968) 337: «Non sembra, invece, che a tutela del diritto al regresso del garante si possa annoverare, fra i mezzi predisposti dal diritto classico, il cosiddetto *beneficium cedendarum actionum*».

⁶⁹ Cf. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*. cit., 184.

⁷⁰ D.44.7.1.8: ...*qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur*.

patrimonio.

Es probable que tal *beneficium* se haya utilizado en principio sólo contra los cofiadores, ya que fue el recurso a la *actio mandati contraria* a encontrar aplicación en la mayoría de los casos; de modo que se habría recurrido al beneficio de la cesión de las acciones sólo de manera subsidiaria, cuando no se tenían otros medios a disposición, y es por ello que se habla de un *beneficium* al ser una solución concedida sólo cuando no se tenían otros recursos⁷¹.

Y en efecto, las referencias de las Siete Partidas, en particular la ley 11^a, muestran una praxis dirigida sobre todo a obtener el regreso entre cofiadores, donde la regla se fundamenta en la teoría romana que cuando se constituyen varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda no contraen entre sí ninguna obligación, ya que cada uno responde en propio por el deudor; por ello, al no mediar alguna relación entre fiadores el único medio para el regreso sería la cesión de las acciones por parte del acreedor satisfecho⁷².

⁷¹ Al respecto observa V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Napoli, 1949, 32 ss., que en la edad justiniana la expresión *beneficium* indicaba generalmente la ventaja de la que gozaba quien se encontraba en una determinada situación; así por ejemplo, en el caso del *beneficium abstinendi, divisionis e inventarii*, mientras que a los Intérpretes pertenecen las locuciones *beneficium cedendarum actionum, beneficium competentiae*.

Así, pues, la reglamentación de las Partidas no reconoce más derechos al fiador que los mismos que ya le otorgó el derecho romano con el *beneficium cedendarum actionum* por el cual el fiador que pagó podría ejercitar las acciones que tenía el acreedor⁷³.

En consecuencia, la legislación castellana regulaba ampliamente aquél modo particular de extinción de la obligación que era el pago realizado por un tercero en todos sus aspectos, encontrando una solución equitativa para reconciliar el derecho de regreso en favor del *solvens*, todo ello sobre la base de los principios jurídicos ya establecidos en el derecho romano, lo que hace que dicha reglamentación tenga su fundamento en el antiguo derecho.

⁷² Cf. J. ESCRICHE, s.v. «Fianza», en *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, I, 3ª ed. (Madrid 1847) 783.

⁷³ Por lo que de la ley 11ª no se encuentra más que el reconocimiento de la obligación a cargo del acreedor a ceder las acciones, pero no a una subrogación legal que opere automáticamente sin tener que solicitarla por el *solvens*, cf. N. BAYO RECUERO, *El pago del tercero* cit., 115.