

## LA HIPOTECA DEL NO DEUDOR: PREVISIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO  
*Magistrado*

**Palabras clave:** hipoteca inmobiliaria, fianza, subrogación de créditos.

### ENUNCIADO

En virtud de determinada deuda contraída por persona jurídica con terceros, se constituyó hipoteca sobre determinado inmueble propiedad de una sociedad no deudora del crédito y en garantía de su satisfacción o pago oportunos. La deudora referida dejó de pagar la cantidad a cuyo pago venía obligado según el contrato celebrado en su día y en el que, entre otros extremos, se habían establecido garantías complementarias del referido crédito constituidas por diversos fiadores que, con carácter solidario, garantizaban el pago referido.

Producido el impago de la cantidad pactada en el contrato a cargo de la sociedad deudora de ella y frente a su acreedora, y liberados los fiadores solidarios de su garantía por dicha acreedora con anterioridad al pago que efectuó el hipotecante no deudor, la sociedad hipotecante no deudora procedió a reembolsar a la acreedora el importe del crédito en cuestión, pagándola así en su totalidad con la finalidad de evitar la ejecución de la hipoteca constituida como garantía de dicho pago en su día.

Por su parte, frente a la pretensión que interesa dicha sociedad hipotecante de inmueble no deudora consistente en obtener el reintegro de lo por ella satisfecho a la acreedora, subrogándose en el crédito de la misma frente a los fiadores solidarios liberados por la acreedora y de ejercitar la facultad establecida en el artículo 1.852 del Código Civil, el bufete de abogados consultado al efecto emite un dictamen en el que opone diversas circunstancias impeditivas frente al ejercicio judicial de dicha reclamación.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Producirá el pago, voluntario o en virtud de ejecución forzosa judicial, la automática subrogación del hipotecante no deudor que lo hizo en la posición del acreedor frente a los fiadores solidarios que fueron liberados por el acreedor?
2. ¿Procedería, asimismo, en el supuesto de ser viable la expuesta subrogación del hipotecante no deudor y del ejercicio por el mismo del derecho de regreso, que el mismo ejercite la facultad que establece el artículo 1.852 del Código Civil frente al acreedor?
3. Tratándose de la aplicación de la referida facultad, ¿cuál será el significado ordinario o habitual de misma, según se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia?

## **SOLUCIÓN**

1. Dice la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo contenida en la recientísima Sentencia de 3 de febrero de 2009 que, en relación con lo establecido sobre el particular tratado en los artículos 1.209, 1.210 y 1.212 del Código Civil, el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación derivado del artículo 1.210.3.º del Código Civil en tanto que, en primer lugar, del ámbito del referido precepto no están excluidos los obligados al pago de la deuda tales como los codeudores solidarios, y, en segundo lugar, que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago aunque ello resulta irrelevante porque lo que interesa es saber si tiene interés en el cumplimiento, que es la exigencia al respecto contenida en el citado artículo.

La doctrina jurisprudencial citada, novedosa en la materia por cuanto se pronuncia por vez primera sobre la cuestión suscitada, considera siguiendo en este apartado a la doctrina mayoritaria, que el artículo 1.210 del Código Civil establece unos casos de subrogación legal, y por ello automática, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria, y a dicha conclusión ha de estarse. A dicha conclusión ha de llegarse en tanto que la referencia en el precepto a tratarse de una presunción ha de considerarse como una imprecisión lingüística al no existir una estructura de presunción, ni tampoco inducción de una voluntad negocial implícita en tanto no se demuestre la contraria y porque se trata de un efecto y los efectos se producen o no se producen y no se presumen. Además, no tiene sentido hacer depender la subrogación del acreedor que cobra, permitiendo la figura de la subrogación legal concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos, concurriendo la misma razón en la situación del codeudor solidario o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario con la previsión específica contenida al respecto en el artículo 1.839 del Código Civil.

Por ello, el automatismo de la subrogación legal opera en el sentido de no ser necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni el del deudor, sin que se exija o requiera una declaración específica al respecto, no siendo precisa una cesión de acciones, siendo para el que se subro-

ga innecesario advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor, bastando solo el ejercicio de la referida facultad legal.

Concretamente, por lo que se refiere al hipotecante no deudor o por deuda ajena no propia, siguiendo a la doctrina mayoritaria se ha de entender que si aquel paga es un interesado en el cumplimiento de la obligación y puede obtener el amparo del artículo 1.210 citado convirtiéndose en subrogado legal del acreedor y con la plenitud de sus derechos, por cuanto hay que tener en cuenta que dicho hipotecante puede ser agredido jurídicamente por el acreedor, que concurre una necesidad jurídica de cumplir, se da la conveniencia del cumplimiento y la evitación de un perjuicio, existiendo dicho interés consistente en el cumplimiento, al existir interés cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja. El interés referido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación y no en la relación obligatoria en la que no es parte el hipotecante no deudor, debiendo comprenderse tanto el caso de pago voluntario como el derivado de la ejecución forzosa judicial ya que, aun cuando en este caso ha desaparecido el interés en la liberación de la finca, sería injusto y carente de sentido que se diera lugar a una razón diferente, agravando así de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella.

La consecuencia de ello, necesariamente, estriba en el derecho al regreso que ostenta el hipotecante no deudor contra los cofiadores solidarios de la deuda garantizada con dicha hipoteca, debiendo ser el regreso parcial o proporcional, pero, como los fiadores fueron liberados por el acreedor con anterioridad al pago efectuado por el hipotecante no deudor, y como la subrogación no opera sino desde el pago, resulta que no hay posibilidad de regreso contra los anteriores fiadores solidarios.

2. A tal respecto, el Código Civil establece en su artículo 1.852 que «los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo», debiendo estimarse la duda sobre si será aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 4.º 1 del mismo Código en el sentido de serlo al hipotecante no deudor, pudiendo pretender frente al acreedor que liberó a los fiadores solidarios, la consiguiente y derivada liberación de la obligación de garantía hipotecaria o extinción de la hipoteca, pudiendo reclamar frente al acreedor referido una indemnización de daños y perjuicios si se ha producido la realización judicial de la cosa hipotecada.

A tal fin, se debe tener en cuenta que, debido a la liberación de los fiadores solidarios por el acreedor anterior al pago del hipotecante no deudor, el derecho de subrogación legal que le corresponde al mismo ha devenido en falta de operatividad debido a no tener o gozar ya de acción de regreso contra dichos fiadores solidarios al haber sido estos liberados por el acreedor antes del pago por el tercero referido.

La aplicación del citado artículo 1.852 del Código Civil solo resultaría posible realizarlo respecto del hipotecante no deudor en la vía de la analogía antes citada, al no existir en nuestro derecho un precepto directamente aplicable al mismo tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos. Debe tenerse en cuenta que la referida aplicación analógica del derecho de liberación al hipotecante no deudor ha de partir de la común obligación de garantía que tiene con los fiadores solidarios de la

deuda en cuestión, así como de suponer una causa de extinción de la hipoteca que no está prevista por el ordenamiento jurídico que afecta sustancialmente al régimen jurídico de aquella, debiendo destacarse el carácter de excepcionalidad de la norma del artículo 1.852, por lo que no puede extenderse por analogía a otras figuras de garantía, creándose un riesgo de introducir en el tráfico una incertidumbre y complicaciones imprevisibles.

Rechazada la posibilidad de aplicación analógica referida al hipotecante no deudor, tampoco resulta posible que se reconduzca una petición de indemnización de daños y perjuicios en la vía de una posible y subsidiaria responsabilidad contractual por faltar a los términos en los que se pactó la hipoteca cuando el acreedor hace imposible o inútil la subrogación, ya que debiera probarse la existencia de intrigas fraudulentas al efecto y tampoco si la hipotecante no deudora conoció en su día la conducta de pretendida actuación fraudulenta y no reacciona frente a ella en el procedimiento hipotecario.

3. Se ha de indicar, con respecto a la tercera cuestión suscitada, que la doctrina jurisprudencial recientísima ha considerado al respecto que «El artículo 1.852 del Código Civil dispone que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Es una causa específica y directa de extinción de fianza. El artículo 1.839, primer párrafo («El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor») contempla la subrogación legal del fiador que paga, por lo que es lógica consecuencia sancionar la conducta del acreedor que impida no solo la subrogación en el crédito, sino también en los derechos accesorios. La jurisprudencia se ha pronunciado reiterada y muy recientemente sobre la norma del artículo 1.852. La Sentencia de 30 de enero de 1999 no trata directamente este supuesto, sino la adquisición de finca hipotecada en fase de ejecución, subrogación legal del acreedor hipotecario adjudicatario en las cargas y gravámenes preferentes y también en la obligación de pago del crédito, a favor del mismo acreedor hipotecario y la consiguiente extinción por confusión del crédito (garantizado con la hipoteca) y por accesoriedad, consolidación del derecho real de la hipoteca. La Sentencia de 25 de octubre de 1999 contempla el caso de un derecho del acreedor que impide, por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso del préstamo exigible a la prestataria. La de 8 de mayo de 2002 hace un estudio muy completo de la jurisprudencia dictada que declara que es precisa la conducta del acreedor impeditiva de la subrogación. Lo que reitera la de 19 de mayo de 2005.

En el presente caso –y pasamos al estudio del único motivo de casación– la actuación del banco demandante –«Banco E., SA»– no constituye hecho por el que el fiador no pueda quedar subrogado en el crédito. La hipoteca fue ejecutada en otro proceso –por razón de embargo– y se extinguió por consolidación. Dicha entidad bancaria era titular de dos derechos de crédito distintos, se ejecuta un embargo primero y un crédito garantizado con hipoteca después. El fiador del deudor de este segundo, demandado don Francisco paga el crédito y se subroga en el crédito, pero no en el derecho real de hipoteca por razón de que esta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obstativo del acreedor, «Banco E., SA», sino que este, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación. Por ello, hay que estimar el motivo único del recurso de casación que ha formulado «Banco E., SA» porque se han infringido los artículos 1.839 y 1.852 del Código Civil –no

así el 24 de la Constitución Española- relativos a la subrogación en el pago como caso específico de la norma general del artículo 1.210.3. Ciertamente, como se expresa en dicho motivo del recurso, el fiador, don Francisco, que ha pagado la deuda, se subroga en el derecho de crédito del acreedor, «Banco E., SA», conforme al primero de aquellos artículos pero no queda liberado conforme al segundo, por haberse extinguido la hipoteca, pues esta se extinguió por consolidación anteriormente en otro proceso y por otra relación jurídica. En definitiva, el hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que aquel acreedor «Banco E., SA», que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro, hipotecario, pero la hipoteca ya estaba extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta» (Sentencia de la Sala 1.ª de 4 de mayo de 2007).

También se indica que «la subordinación del artículo 1.852 del Código Civil al oportuno ejercicio por el fiador de la acción de relevación o la aparente restricción del concepto «hecho del acreedor», a un acto necesariamente positivo, no pueden ser compartidas por esta Sala, pues aunque tal identificación de hecho con acción, pueda hallarse en Sentencias de 1 de marzo de 1983, que a su vez cita las de 7 de octubre de 1933 y 9 de octubre de 1962, otras más recientes, como las de 20 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997, no descartan que la conducta del acreedor determinante de la liberación del fiador pueda ser «incluso pasiva» (STS de 14 de junio de 2002). La fianza debe interpretarse siempre en beneficio del fiador y ha de interpretarse por ello en sentido restrictivo en los casos dudosos (Sentencias de 1 de junio de 1964 y 3 de marzo de 1947). Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1997» (Sentencia de la Sala 1.ª de 19 de mayo de 2005).

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 4.º 1, 1.209, 1.210, 1.212, 1.839 y 1.852.
- STS, Sala 1.ª, de 3 de febrero de 2009.