

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Sobre la subsistencia de la fianza cuando el acreedor doblemente asegurado con fianza e hipoteca adquiere la finca hipotecada en garantía de su crédito, en una ejecución judicial en la que se hace valer una carga posterior a dicha hipoteca

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 4 de mayo de 2007

JUAN SARMIENTO RAMOS
Registrador de la propiedad

I. Aborda la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, Sección 1, de 4 de mayo de 2007, (núm. de resolución 470/2007), un supuesto especialmente interesante y no tan excepcional como a primera vista pudiera pensarse. Repárese en la frecuencia con que se autorizan escrituras de préstamo destinado a financiar la adquisición de una vivienda, préstamo que es simultáneamente garantizado con hipoteca sobre la misma vivienda financiada y con fianza adicional prestada por los padres, hermanos, cónyuge, novio o novia del propio adquirente. Y considérese que en estos tiempos de crisis económica en los que nos encontramos, no será raro que esa vivienda sea ejecutada por otras deudas del adquirente contraídas con el mismo banco prestamista (dada la fidelización de la clientela bancaria), y que dicha ejecución termine con la adjudicación de la vivienda al propio ejecutante.

Si a ello se añade la radical discrepancia de quien suscribe respecto del fallo contenido en dicha sentencia, quedará justificado el análisis que a continuación se realiza; análisis que pretenderá poner de manifiesto los argumentos que justifican esa discrepancia, a fin de evitar que los sucesivos pleitos de similar contenido sean resueltos de forma puramente mecánica, mediante una aplicación acrítica de dicha solución –habida cuenta de la alta cualificación del órgano de quien emana–, consolidando así un resultado que aquí no se considera aceptable.

En efecto, una primera lectura de esa sentencia produce la sensación de que el resultado definitivo del pleito resuelto no responde a las previsiones del Ordenamiento Jurídico, dejando un inevitable sabor a injustificado enriquecimiento de una de las partes, lo que es tanto más significativo cuanto que el litigante favorecido resulta ser, precisamente, una entidad bancaria que pleitea contra un particular. Conviene dejar claro, no obstante, que no se trata ahora de hacer una presentación demagógica del asunto (la impotencia del débil frente al fuerte) que prejuzgue su resultado final. Interesa, en exclusiva, la prevalencia de la justicia material, y se parte de la firme creencia en la rectitud de los órganos jurisdiccionales. Además, no puede dejar de reconocerse la indudable dificultad intrínseca de la hipótesis considerada, y la relevancia que hayan podido tener las particularidades procesales del pleito en sus distintas instancias.

II. Pasando ya al análisis propiamente dicho de la sentencia identificada al inicio, ha de procederse en primera lugar a la delimitación de la cuestión debatida, la que queda fijada por los siguientes elementos:

1. Determinada finca, que aparece hipotecada a favor del banco B en garantía de un crédito afianzado solidariamente por el Sr. X, es adquirida por el banco B en la subasta celebrada en el curso de un juicio ejecutivo en el que se había embargado y rematado dicha finca, siendo el embargo posterior a la hipoteca relacionada.

2. Posteriormente, el banco B procede al cobro de ese crédito garantizado hipotecariamente con la finca en cuestión, y, para ello dirige su acción contra el fiador X, quien parece que abona la cantidad reclamada y hace constar en el Registro su subrogación en el crédito hipotecario pagado, al amparo de lo previsto en el art. 1.839 Cc.

3. Naturalmente, al banco B no le parece bien que, como consecuencia de esta subrogación, pueda verse expuesto a tener que devolver al fiador lo que acaba de obtener de él, si éste inicia el correspondiente procedimiento de ejecución de la hipoteca que garantiza el crédito en el que se ha subrogado; en consecuencia, inicia un procedimiento judicial contra el Sr. X para que se declare que la hipoteca se había extinguido por consolidación cuando el banco demandante adquirió la finca hipotecada en el juicio ejecutivo seguido (al ostentar en ese momento la doble condición de titular de la hipoteca y de propietario del bien hipotecado), y que, por consiguiente, es nula la subrogación invocada por el Sr. X.

4. Este último, obviamente, no está de acuerdo con el Banco X y formula contra él demanda reconventional solicitando se declare, alternativamente, bien la extinción de la fianza (no aparece especificado el motivo en el que se funda esta pretensión, y aun cuando puede presumirse que es la aplicación del art. 1.852 Cc, nos parece de gran relevancia el destacar esta circunstancia) con devolución de lo pagado por el fiador, bien la subsistencia de la hipoteca y la validez de la subrogación al ser nula la confusión de derechos operada por el banco B.

5. Según resulta del antecedente de hecho primero, número 3, tanto la fianza como la hipoteca cuestionadas se formalizaron en una misma escritura, autorizada el día 23-09-1992, con el núm. 2817, por el Notario de La Roda, D. FMV. Y parece ser que la hipoteca la constituyó sobre finca propia el mismo deudor (advírtase que según la sentencia, dicha finca fue posteriormente ejecutada por otras deudas del mismo prestatario garantizado hipotecariamente).

El debate parece reducirse (y digo, parece, porque el texto de la sentencia del Supremo no es muy explícito al respecto) a la resolución de dos únicas cuestiones: a) si hubo o no extinción de la hipoteca al adquirir el banco acreedor la finca hipotecada en garantía de su crédito; b) si, en caso afirmativo, esta extinción comporta o no la de la fianza por imperativo del art. 1.852 Cc.

En primera instancia y en apelación triunfa la pretensión del Sr. X: se estima que la hipoteca se extinguió por concurrir en la misma persona las cualidades de propietario del bien hipotecado y de titular del derecho real de hipoteca; pero también se estima que con la hipoteca se extinguió la fianza (no se aclara en la sentencia comentada el motivo concreto por el que el juez de instancia considera extinguida dicha fianza), por lo que procede devolver lo pagado al banco B por el Sr. X.

Por el contrario, el Tribunal Supremo confirma la extinción de la hipoteca por consolidación (por lo que no pudo producirse la subrogación del Sr. X), pero entiende que ello no afecta a la fianza, la cual subsiste con plenitud de efectos al no ser de aplicación al supuesto considerado el art. 1.852 Cc. Lo que conlleva que el banco B nada debe devolver al Sr. X de lo que de él recibió en cumplimiento del compromiso inherente a la fianza que prestara. Dice literalmente el fundamento tercero de la sentencia que se comenta, cuyo ponente es el magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz, *«En el presente caso –y pasamos al estudio del único motivo de casación– la actuación del Banco demandante (...) 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 esos 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 ésta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obsta activo del acreedor, ..., sino que éste, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación.*

Por ello, hay que estimar el motivo único del recurso de casación que ha formulado (el banco) 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.º

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, ..., conforme al primero de aquellos artículos pero no queda liberado conforme al segundo, por haberse extinguido la hipoteca, pues ésta 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 el acreedor ..., 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.»

III. Una primera observación, es que la argumentación de la sentencia parece demasiado escueta en relación con la complejidad de la cuestión suscitada y con los múltiples matices que presenta el conflicto de intereses subyacente. Al margen de la cita de determinadas sentencias precedentes, ninguna de las cuales aborda directamente la cuestión ahora suscitada, toda su fundamentación se limita a las siguientes aseveraciones:

– La hipoteca se extingue desde que concurre en la misma persona las condiciones de acreedor hipotecario y propietario de la finca hipotecada.

– Esta concurrencia se produce por consecuencia de una relación jurídica distinta a la inherente al propio crédito hipotecario y garantizado con la fianza en cuestión, y de un procedimiento anterior.

– Para que actúe el art. 1.852 Cc, se presupone un acto del acreedor voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produzca en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza y no en otra, como ocurre en el presente caso.

IV. La primera de las afirmaciones reseñadas no parece que merezca especial consideración. Admitir la extinción automática de la hipoteca cuando concurren en la misma persona las cualidades de acreedor hipotecario y propietario de la cosa hipoteca, no comporta gran dificultad. Por una parte, no es previsible que el acreedor hipotecario vaya a ejecutar un bien que ya ha ingresado en su patrimonio, para el cobro de un crédito propio. Por otra, en nuestro Ordenamiento Jurídico es regla que la concurrencia en la misma persona de las cualidades de propietario de un bien y de titular de un derecho real limitado recayente sobre el mismo bien, es causa de extinción de éste último (cfr. arts. 513, 546 Cc, con relación al usufructo y a las servidumbres). Y a la misma conclusión conduce la inadmisión en nuestro Derecho de la hipoteca de propietario.

Conviene señalar que se trata de una regla no exenta de excepciones (por ej.: el supuesto de pertenencia del crédito hipotecario y de la finca hipotecada a la misma persona, pero integrados en distintos patrimonios –cfr. art. 1.023-3 y 1.192 Cc, etc.). Y, por otra parte, tampoco puede decirse que tal extinción por consolidación sea una exigencia inevitable en función de las características configuradoras de la hipoteca en nuestro Ordenamiento; ciertamente, al acreedor hipotecario de nada le sirve ya una garantía real sobre cosa que ha devenido propia; pero a ese acreedor hipotecario puede convenirle ceder ese crédito antes de su vencimiento, y cederlo, además, rodeado de garantía hipotecaria sobre la propia finca del banco; y a tal fin puede serle útil la subsistencia de la hipoteca preexistente, pues aunque el mismo objetivo se conseguiría –si la extinción por consolidación fuera inevitable legalmente– con la constitución de una nueva hipoteca, se ahorraría los costes inherentes a esta nueva constitución. Bien podría, pues, dejarse al arbitrio del acreedor la decisión sobre la extinción por confusión de la hipoteca que garantiza un crédito suyo y que recae sobre el bien que acaba de adquirir (advíertase cómo los arts. 190 y 210 RH presuponen la solicitud del interesado para la consignación registral de la extinción de un derecho por «confusión»).

V. Las verdaderas dificultades se producen en relación con las otras dos aseveraciones justificadoras del fallo que ahora se analiza. Estimo, contra el parecer del Tribunal Supremo, que la extinción de la hipoteca como consecuencia de la adquisición de la finca hipotecada por el banco acreedor sí es determinante para la extinción de la fianza simultáneamente constituida. Y, lo que es más importante aún, considero que la peculiar forma en que el acree-

dor hipotecario adquiere el bien hipotecado, no solo determina la extinción de la fianza sino, también, la de la propia obligación garantizada (una vez que se produzca su vencimiento y en la cuantía determinada por la cifra de cobertura hipotecaria). Veamos, por tanto, estos dos aspectos separada y detenidamente.

A) **SIGNIFICACIÓN DEL ACTO DE ADQUISICIÓN DEL BIEN HIPOTECADO POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO, Y SU REPERCUSIÓN EN LAS EXPECTATIVAS DEL FIADOR**

Antes de abordar esta cuestión, parece conveniente destacar cómo ocurrieron efectivamente las cosas, a fin de dejar al margen disquisiciones propias de hipótesis diferentes a la ahora considerada, en la cual, mediante una única escritura pública se formaliza el préstamo, se constituye por *el propio prestatario* la garantía hipotecaria que lo aseguraba, y se otorga por un tercero la fianza que lo reforzaba doblemente. Ello, puesto en conexión con la normativa que rige la actuación notarial, en especial, con los arts. 193 y ss. RN, nos permite afirmar que ambas formas de garantía se constituyen en un solo acto. Es irrelevante a este efecto que la cláusula de constitución de la hipoteca preceda a la de afianzamiento en el orden de transcripción de las estipulaciones documentadas (lo normal es que así suceda) o se recoja después de ésta. La unidad de acto que preside el otorgamiento de la escritura, implica la simultaneidad de nacimiento del préstamo y de las dos garantías que lo refuerzan; el consentimiento de todos los interesados es prestado al mismo tiempo y cada uno de ellos conoce los términos en que los demás prestan dicho consentimiento; se está afianzando una deuda que al mismo tiempo se garantiza hipotecariamente por el propio deudor, y todo ello en presencia del acreedor que en ese mismo momento concede el préstamo y acepta la hipoteca y la fianza. El acreedor, por tanto, no puede ignorar que su fiador asume su compromiso a sabiendas de que, al mismo tiempo, el deudor lo garantiza hipotecariamente; y tampoco el deudor puede invocar tal desconocimiento, toda vez que está garantizando hipotecariamente una deuda propia que simultáneamente es avalada por el fiador.

Quedan, por tanto, excluidas hipótesis más conflictivas como, por ejemplo: aquellas en las que la fianza se presta en acto separado y posterior respecto de la hipoteca, ignorándose si el fiador conocía o no la existencia de esta última; aquellas en que la constitución de la fianza precede a la garantía hipotecaria; y, también, aquella otra en que la fianza y la hipoteca nacen simultáneamente pero esta última es constituida por persona distinta del deudor.

Delimitado así el supuesto considerado, debemos examinar ahora las implicaciones que para el desenvolvimiento de la fianza y para la fijación de la posición jurídica de ese fiador, derivarán de esa simultaneidad en la constitución de la fianza y la hipoteca.

Y llegados a este punto, lo primero que debe hacerse es recordar que nuestro Ordenamiento Jurídico, a falta de previsiones expresas que los interesados pudieran estipular al tiempo de la simultánea constitución de la fianza y la hipoteca, establece que el fiador que paga se subroga en el crédito satisfecho y en los derechos anexos como la hipoteca. Así se proclama de modo general para las hipótesis en que paga por otro quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación (cfr. arts. 1.210 y 1.212 Cc); y se proclama tam-

bién de forma específica para el supuesto en el que quien paga es el fiador (cfr. art. 1.839 Cc). Como norma general, pues, el pago por el fiador no implica la extinción de la obligación afianzada como podría inferirse del art. 1.156 Cc; la obligación así satisfecha sigue vigente, pero se modifica su titularidad activa, que pasa a corresponder al fiador en los mismos términos, esto es, con los mismos derechos, privilegios y garantías que correspondían hasta ese momento al acreedor satisfecho.

Podría haberse dispuesto simplemente que el pago por el fiador extingue la obligación garantizada, sin perjuicio del derecho de repetición de éste contra el deudor, que es el obligado principal y el que tiene que soportar, en definitiva, el sacrificio económico en que la prestación consiste. Sin embargo, junto a este derecho de repetición, y a fin de dar mayores garantías de reembolso al fiador, se opta por mantener también la vigencia del mismo crédito afianzado y atribuirlo al fiador una vez que lo haya satisfecho. En virtud de este derecho de subrogación, el que afianza una deuda garantizada con hipoteca tiene mayores garantías de reembolsarse efectivamente si se ve obligado a pagar ante la reclamación del acreedor; además de contar para ello con la responsabilidad patrimonial universal del deudor, tiene la posibilidad de ejecutar el bien hipotecado y cobrarse con el precio de remate.

Obviamente, este derecho de subrogación no significa que la fianza nazca condicionada a la efectividad de la subrogación llegado el momento en que el fiador es requerido para pagar; el fiador no puede pretender la liberación de su compromiso si, llegado el momento del pago, se encuentra con que la hipoteca que aseguraba el crédito afianzado se ha extinguido naturalmente (por pérdida fortuita del bien hipotecado, por ejecución de una carga preferente a dicha hipoteca, por resolución del derecho del constituyente, etc.)¹. El derecho de subrogación del fiador únicamente significa que en los términos en que se encuentre el crédito afianzado para el acreedor, así lo recibirá el fiador que paga; si la hipoteca que garantizaba ese crédito afianzado se extingue naturalmente en el ínterin, del mismo modo que soporta esa pérdida el acreedor, así le ocurrirá también al fiador.

Ahora bien, que la fianza no quede condicionada al efectivo desenvolvimiento de la subrogación, no significa que durante el tiempo que media hasta el vencimiento de la obligación afianzada, el acreedor tenga plena libertad para decidir la suerte de esa hipoteca, debiendo el fiador estar y pasar por lo que haga dicho acreedor con la hipoteca, de modo que si éste decide renunciarla o extinguirla de cualquier otra forma, el fiador ha de conformarse con esta pérdida, subrogándose exclusivamente en un crédito simple. Cuando el fiador se compromete frente al acreedor, lo está haciendo sobre el presupuesto de que el crédito que afianza va a estar garantizado hipotecariamente, lo que al amparo del art. 1.839 Cc, le permite formarse la legítima expectativa de que si, producido el incumplimiento de la obligación, el acreedor decide ejercitar la fianza, él dispondrá de la hipoteca para su reembolso. Y esta legítima expectativa, que el acreedor no puede ignorar porque la fianza, la hipoteca y la obligación afianzada y garantizada hipotecariamente, surgen al

¹ Para que se produjese este resultado sería necesario pactarlo así expresamente al tiempo de constitución de la fianza (cfr. art. 1.255 Cc).

mismo tiempo², impone a dicho acreedor, cuando menos³, un deber de no impedir su normal desenvolvimiento, perjudicando voluntariamente una hipoteca que, como se ve, no aparece constituida en su exclusivo beneficio (aunque sí sea el principal destinatario).

A esta consecuencia conduce el principio general de nuestro Ordenamiento, de no dañar innecesariamente a otro, principio que tiene entre sus manifestaciones positivas, además, de las generales de la responsabilidad por el incumplimiento contractual (cfr. arts. 1.101 y ss. del Código Civil) y la responsabilidad aquiliana (cfr. arts. 1.902 y ss.), otras más específicas y atinentes al caso considerado como son:

- la exclusión de la renuncia en perjuicio de tercero (arts. 6, 1.001, 1.937 Cc),
- la exclusión del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (cfr. art. 6 Cc),
- o el deber de buena fe en el cumplimiento de los contratos (cfr. art. 1.258 Cc).

En efecto, si el titular de un derecho o el llamado a una herencia no puede renunciar aquel derecho ni repudiar este llamamiento, cuando con ello perjudica a terceros (a sus acreedores, por ejemplo), pese a que es el portador del interés que se trata de proteger con el reconocimiento de tal derecho subjetivo, o la persona a quien directamente quiso beneficiar el causante, tampoco resultaría admisible que el acreedor doblemente garantizado con hipoteca y fianza, pueda prescindir de la primera garantía porque así conviene a sus intereses, cuando con ello no haría sino perjudicar al fiador; máxime si se tiene en cuenta que por efecto del propio contrato de fianza el acreedor adquiere frente al fiador el deber de comportarse de buena fe y de no agravar su posición jurídica.

Pues bien, resulta que este deber del acreedor de no perjudicar la condición del crédito que pretende hacer efectivo contra el fiador, a fin de possibilitar la subrogación de éste en todos los derechos anexos a dicho crédito afianzado, no solo puede inducirse de los principios generales, sino que, además, aparece específicamente reconocido en el art. 1.852 Cc, cuando señala que los fiadores quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Conforme a este precepto, si al acreedor puede imputarse la imposibilidad de subrogación del fiador en los derechos anexos del crédito que se ha comprometido a pagar, la respuesta legal es la extinción de la fianza⁴.

² Recuérdese que hemos apartado de nuestro análisis la hipótesis en que la hipoteca nace después del crédito y aquella otra en que el fiador desconoce la existencia de la garantía hipotecaria del crédito que afianza, al tiempo de prestar su compromiso.

³ No es necesario al objeto de este comentario, examinar si en virtud de esa expectativa de subrogación, el acreedor tiene además un deber activo de velar por la subsistencia de la hipoteca, de impedir su deterioro o extinción.

⁴ Podría pensarse que esta sanción es un poco fuerte, pero es que no hay otra alternativa; ciertamente, el fiador nada podría oponer a la extinción de la hipoteca con subsistencia íntegra de su compromiso, si se le procurase una garantía de reembolso de similar eficacia a la hipoteca originaria que ahora se extinguirá, pero tal solución es inviable porque no puede exigirse al deudor la prestación de una nueva garantía, dado que no fue él quien provoca tal extinción; y no tiene sentido que el propio acreedor la constituya para cubrir al fiador el reembolso de lo que el propio constituyente pueda reclamarle.

Podría invocarse también que una solución posible es permitir al acreedor proceder contra el fiador, pese a serle imputable la extinción de la hipoteca, correspondiendo al fia-

En cuanto al fundamento de este precepto, es conveniente traer aquí la opinión manifestada por Fragali al comentar el art. 1.955 del Código Civil italiano de 1942 (equivalente al art. 1.852 de nuestro Cc)⁵: «La norma surge de la misma estructura de la fianza; el fiador intercede en una obligación ajena, pero en virtud de una relación jurídica en la cual es elemento constitutivo su derecho de reintegro y subrogación; si este último elemento es perturbado por obra del acreedor, es éste quien debe soportar la consecuencia, y no el deudor. Si la subrogación que corresponde al fiador ha sido lesionada, se opera un cambio en las condiciones de actuación de la obligación garantizada existentes al tiempo de constituirse la fianza y que fueron tenidas en cuenta al asumir ésta, presumiendo que podría contar con todos los derechos y acciones del acreedor a efectos de resarcirse de lo que eventualmente deba pagar. Si esto se hace imposible por hecho del acreedor, el perjuicio del fiador solo se recompensa con la extinción de la fianza. Está implícito en la propia relación de fianza, un deber jurídico del acreedor de desenvolver una determinada diligencia, de observar una conducta que no impida la subrogación del fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del crédito, sancionándose su incumplimiento con la extinción de la fianza, como fórmula más adecuada para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.»

Toca analizar ahora el concreto alcance de este precepto, y en este sentido, es evidente que la tarea debe iniciarse con el examen de su propio tenor literal (cfr. art. 3 Cc, que recoge como primer criterio interpretativo de la norma, el «sentido propio» de las palabras empleadas). Pues bien, la dicción del precepto no puede ser más concluyente. El presupuesto de aplicación de esta norma es sencillamente la concurrencia de un hecho del acreedor que impide la subrogación del fiador en la hipoteca que reforzaba la deuda afianzada. No se establece ninguna cualificación adicional expresa a ese hecho para que se opere el efecto liberatorio. No se definen requisitos adicionales que han de concurrir en el hecho determinante de la aplicación del precepto, como puede ser la ilicitud⁶; la intención indubitada de provocar la imposibilidad de subrogación; el conocimiento por el acreedor de esta consecuencia extintiva de la fianza que la ley anudaría al hecho realizado (cfr. art. 6 Cc); la existencia de un cierto grado de negligencia en el comportamiento del acreedor determinante de la imposibilidad de subrogación⁷; la existencia de un

dor el deber de intentar el reembolso frente al propio deudor, y sólo en el caso de que fracase este intento, pueda volverse contra el acreedor para que le devuelva lo abonado. Pero bien se advierte que permitir este rodeo es un derroche de medios y costes innecesario, pues si el deudor es insolvente, es el acreedor el que se quedará, en definitiva, insatisfecho, siendo inútil mantener al fiador atado a un juego de ida y vuelta tan estéril

⁵ Opinión que en términos ratificatorios recogen: Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, sexta edición, T. II, p. 529; y GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de Edersa, T. XXIII, pp. 407 y ss.

⁶ Naturalmente, nos referimos ahora a una ilicitud por razón distinta de la que deriva del incumplimiento de ese deber de no menoscabar los derechos anexos al crédito afianzado.

⁷ No es preciso que la actuación del acreedor provocadora de la imposibilidad de la subrogación incida en cierto grado de negligencia. Si se tratara de un mero castigo de la negligencia del acreedor, sería innecesario un precepto específico como el art. 1.852 Cc; bastaría con los preceptos generales que hacen al causante de un daño, responsable de su reparación. Conforme al art. 1.902 Cc, si con malicia o negligencia, alguien impide al fiador resarcirse del pago hecho por el deudor, mediante su subrogación en la hipoteca que garantizaba esta deuda (por ejemplo, porque destruye la cosa hipotecada), ese alguien deberá reparar el daño causado, esto es, deberá resarcir al fiador si éste se ve obligado a pagar, sin perjuicio del derecho posterior del que causó ese daño, al regreso contra el propio deudor. Y si ese alguien es el propio acreedor, ¿para qué imponerle tal deber de

eventual beneficio para el acreedor como consecuencia de la extinción de esos derechos anexos⁸; etc. Y como dice el clásico aforismo hermenéutico, «donde la ley no distingue, no debe hacerlo el interprete». Será suficiente, por consecuencia, que se trate de un hecho voluntario, libre e imputable al acreedor –amén, claro está, de la existencia de una indubitada relación de causalidad entre dicho hecho y la imposibilidad de subrogación del fiador–⁹.

Esta conclusión ya nos debe poner en guardia frente al escueto y no fundamentado argumento de la sentencia analizada, de que tal hecho debe «producirse en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza». Si, como acabamos de ver, el art. 1.852 Cc, no establece ninguna restricción al definir qué tipo de hechos del acreedor son los que pueden provocar la imposibilidad de subrogación, ¿con qué fundamento se restringe el ámbito de aplicación del precepto al excluir los hechos del acreedor que se producen al margen de la relación jurídica en que se inserta la fianza¹⁰?

Por otra parte, no puede dejar de observarse que la extrema complejidad de la relación jurídica de la que nace la fianza y la pluralidad de sujetos concernidos, hace verdaderamente difícil decidir cuándo un hecho del acreedor que impide o menoscaba el juego subrogatorio a favor del fiador, se produce en el ámbito propio de desenvolvimiento de aquella relación o es ajeno al mismo. Desde luego que la compra de la finca hipotecada por el acreedor

resarcimiento? ¿no basta con privarle de acción contra el fiador? (no tendría sentido permitirle que reclame al fiador lo que éste puede después reclamarle; la *exceptio doli* es aquí claramente aplicable). En el mismo sentido, podría invocarse también la aplicación de los arts. 1.101 y ss. Cc, en la medida en que entre el acreedor y el fiador hay una innegable relación contractual –la de fianza– por la que aquel queda obligado a no perjudicarle en sus legítimas expectativas subrogatorias (cfr. art. 1.258 Cc).

Podrá discutirse si se precisa alguna dosis de negligencia cuando se pretende aplicar el art. 1.852 Cc a hipótesis en que la imposibilidad de subrogación del fiador deriva de actitudes pasivas del acreedor. Mas, tratándose de hechos positivos no hay argumento para presuponer la negligencia; el hecho legítimo, voluntaria y libremente realizado, es idóneo al efecto.

⁸ Tanto se producirá la liberación del fiador si el acreedor libera el bien hipotecado para que su propietario lo afecte luego a la cobertura hipotecaria de otro crédito del aquel mismo titular de más inseguro cobro, como si la renuncia a la hipoteca se produce gratuitamente, pueda hacerlo sin contar con el fiador, aunque aceptando la pérdida de toda acción contra él?

⁹ Como ha señalado en varias ocasiones la propia jurisprudencia del TS, basta un hecho personal y directo del propio acreedor y anterior al pago por el fiador (vid sentencias de 20-12-1910; 7-10-1933 y 9-10-1962).

En el mismo sentido se pronuncia Díez PICAZO, para quien basta cualquier conducta del acreedor que le sea imputable y que no obedezca a un caso fortuito; pudiendo ser tanto una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente (*Fundamentos de Derecho Patrimonial*, T, II, p. 530). En el mismo sentido, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, II, 3.º, p. 340).

¹⁰ Repárese además, en lo incongruente que resulta excluir del ámbito del art. 1.852 Cc, los hechos del acreedor que se desenvuelven al margen de la relación jurídica en la que se ha dado la fianza. Si como hemos dicho, los contratantes quedan obligados, por efecto del propio contrato, a cumplir lo expresamente pactado, y deben comportarse de buena fe en el cumplimiento de sus compromisos (cfr. arts. 1.091, 127 1.258 Cc), respondiendo de los daños que causen si en tal cumplimiento incurrían en negligencia, dolo o morosidad, (cfr. arts. 1.101 y ss. Cc), ¿no será más lógico entender que el art. 1852 Cc, estaría contemplando los hechos del acreedor ajenos al desenvolvimiento de esa relación negocial en que se generó la fianza, pues para los que se produzcan en tal desenvolvimiento, las normas generales de la contratación ya le imponen el deber de respetar ese derecho de subrogación del fiador, y sancionan su vulneración con el derecho de reparación (que no puede consistir sino en la extinción de la fianza)?

hipotecario y afianzado, no es una circunstancia que acontezca ordinariamente en el desenvolvimiento de la situación jurídica generada por la doble garantía, hipotecaria y personal, de un crédito; pero considerar por ello que aquella compra queda al margen de la relación en que se presta la fianza cuando tan decisivamente puede afectar al fiador, no parece muy fundado. Además, si se aceptare el planteamiento del Tribunal Supremo, ¿qué habría de decirse en otros supuestos similares al ahora considerado, en punto a su conexión con la relación jurídica en la que la fianza es prestada, como, por ejemplo, aquel en que la finca hipotecada se pierde como consecuencia de la realización por el acreedor hipotecario de obras en su propiedad colindante?

A mi juicio, asentar el fallo en la simple invocación de que tales hechos quedan al margen del art. 1.852 Cc, es eludir una verdadera argumentación, pues aun aceptando que la compra de la finca hipotecada por el acreedor hipotecario es un hecho ajeno a la relación jurídica en la que nace la fianza, no se seguiría de ello una determinada solución; mientras no se fijen las razones por las que tales hechos han de quedar al margen del art. 1.852 Cc, no se está dando ninguna razón de la decisión que se adopta.

Por esta consideración que se acaba de exponer, y porque creo que lo decisivo para la operatividad de ese precepto no es el ámbito en que se desenvuelve el hecho del acreedor, sino exclusivamente su repercusión en las posibilidades subrogatorias del fiador¹¹ ¹², estimo innecesario detenerse en la resolución de cuestiones ficticias como serían el determinar cuando un hecho del acreedor es ajeno a la relación en la que nace la fianza, o el decidir cuales son los motivos para que esta ajenidad pueda determinar la no aplicación del precepto citado¹³; por el contrario, creo que debe abordarse directamente el análisis de la verdadera sustantividad y significación del concreto hecho considerado, la adquisición del bien hipotecado por el acreedor hipotecario, y decidir en consecuencia si procede o no la pérdida de la fianza.

Para ello conviene hacer una precisión previa sobre la verdadera significación de la extinción de un derecho por consolidación.

Se trata de una causa de extinción de los derechos reales limitativos del dominio (cfr. arts. 513 y 546 Cc), que tiene una explicación simple: puesto que el derecho real limitado implica una sustracción al dominio de alguna o algunas de sus facultades, que pasan a configurarse como un derecho nuevo, nada más lógico que la reunión en una misma persona de aquel derecho y del dominio gravado¹⁴, provoque la plenificación de este último (en coherencia

¹¹ Como señala García Goyena al justificar el antecedente de este precepto en el Proyecto de Código Civil de 1851 «Por ser la subrogación de derecho, si no puede realizarse por el hecho o culpa del acreedor, no debe a éste ser permitido perseguir al fiador; la regla de Derecho es que a cada cual daña su culpa y que por hecho ajeno no puede empeorarse mi condición» (Comentarios y Concordancias al Proyecto de Código Civil de 1851).

¹² ¡Que más dará que el ámbito donde se produzca ese hecho, si de lo que se trata es de evitar que el acreedor haga perder al fiador la vía subrogatoria en los derechos anexos al crédito afianzado y cuyo paga pretende exigirle;

¹³ La diversidad de los hechos que de seguir el razonamiento del Tribunal Supremo, podrían considerarse al margen de la relación jurídica en la que nace la fianza (donación o legado de la finca hipotecada al acreedor hipotecario; destrucción involuntaria, etc.), anuncia verdaderas dificultades para encontrar notas comunes entre ellos, que justifiquen su exclusión del art. 1.852 Cc.

¹⁴ El derecho real limitado debe pertenecer íntegra y exclusivamente a quien adquiere el dominio gravado. Si aquel y éste pertenecen a distintos patrimonios de un mismo sujeto, no se produce tal consolidación (así resulta del art. 1.023-3 Cc para el caso de que esos dos patrimonios sean el personal y el hereditario adquirido a beneficio de inventario, por ejemplo). Y tampoco se produce cuando el derecho real limitado está gravado (cfr. art. 107-1 LH sobre el que luego volveremos) o pertenece a varias personas conjuntamente (cfr. art. 521 Cc).

con su potencialidad expansiva sobre todas las facultades posibles recayentes sobre una cosa), esto es, la absorción por el dominio gravado de aquellas facultades que hasta ese momento constituían un derecho diferenciado, desapareciendo este último y recobrando el dominio su plenitud.

Ahora bien, conviene advertir que este fenómeno de la consolidación no implica para el titular del derecho real limitativo que se extingue, la pérdida de las facultades que lo integraban; éstas le siguen perteneciendo, pero no como configuradoras de un derecho diferenciado, sino integradas en un dominio que antes aparecía gravado y ahora es pleno. Esta idea, como veremos, es de suma trascendencia a nuestros efectos.

En efecto, si aplicamos esta idea al derecho de hipoteca, que es indudablemente un derecho real limitativo del dominio –y que, por tanto, representa una parte del contenido jurídico ordinario del derecho hipotecado, y una parte del valor que le correspondería si estuviera libre–, observamos lo siguiente: cuando el acreedor hipotecario adquiere el bien hipotecado, las facultades que configuraban aquel derecho de hipoteca no se pierden para el acreedor, sino que se integran en ese dominio gravado que ha adquirido sobre el bien hipotecado, que pasa a ser así un dominio pleno, libre. Las facultades que integraban ese derecho de hipoteca no se volatilizan en perjuicio del acreedor hipotecario que adquiere el bien hipotecado; son absorbidas por ese dominio hasta entonces gravado que recae sobre el bien hipotecado y, gracias a ello, este dominio se extiende, se plenifica, aumenta su sustantividad económica y jurídica, al absorber la sustantividad jurídica y económica de la hipoteca¹⁵. El dominio pleno que ahora tiene el acreedor sobre el bien, es el resultado de una refundición del dominio gravado que adquiere y del derecho de hipoteca que tenía anteriormente; es, por tanto, la suma de dos partes antes diferenciadas jurídicamente –hipoteca y dominio gravado–, a cada de las cuales correspondía un determinado valor económico.

Admitido este presupuesto, resultará evidente que cuando el acreedor hipotecario que adquirió legítimamente el bien hipotecado, cobre del fiador, no podrá transmitirle ya la hipoteca que garantizaba originariamente el crédito cobrado porque esta hipoteca ya no tiene existencia jurídica independiente, al estar refundida con el dominio del bien hipotecado; pero lo que no es menos evidente es que esa imposibilidad de transmisión formal de la hipoteca se debe a que el acreedor ha hecho suya la sustancia de tal derecho, la ha incorporado a su patrimonio y en él pretende retenerla. Ha metamorfoseado la hipoteca en el complemento de un dominio que hasta ese momento aparecía gravado y que gracias a ello se plenifica. Y en tales términos, nos preguntamos, ¿es asumible que el fiador tenga que soportar el pago en virtud de su compromiso, a pesar de que no va a contar con tan importante garantía de reembolso como era la hipoteca, sólo porque el acreedor, que estaba obligado a cedérsela con el crédito que le cobrara, la ha incorporado a su patrimonio, la ha subsumido en él engrandeciéndolo?

Nos parece claro que la respuesta no puede ser sino negativa; si conforme al art. 1.852 Cc, es indudable que cuando el acreedor impide por causa voluntaria el juego subrogatario del fiador en los derechos anexos al crédito que

¹⁵ Ciertamente, la hipoteca al confluir con el dominio del bien hipotecado, experimenta una metamorfosis; las facultades que la integraban no subsisten tal cual sino que se transforman en la argamasa que rellena el hueco que la hipoteca suponía en el contenido ordinario del dominio sobre el bien hipotecado; este dominio, por tanto, se agranda, se mejora al recibir el contenido del derecho de hipoteca.

afianza, pierde la fianza, aun cuando esos derechos anexos se hubieren perdido también en detrimento suyo (por ejemplo, porque los renuncia), con cuánta mayor razón debe producirse ese mismo efecto si la extinción de esos derechos anexos comporta para el acreedor un enriquecimiento indubitado y ello es, además, el efecto de una decisión suya absolutamente voluntaria y libre!

Confirma esta solución la respuesta negativa expresa que el Ordenamiento Español da a una hipótesis similar, cual es la de la extinción voluntaria del usufructo hipotecado: el usufructuario que tiene su derecho hipotecado no puede provocar la extinción de tal hipoteca so pretexto de la extinción del derecho gravado cuando adquiere la nuda propiedad (cfr. art. 107-1 LH)¹⁶. Quizás se alegue que el acreedor con hipoteca sobre el usufructo tiene un derecho actual y real sobre el usufructo que impide operar la propia consolidación, al no ser ya el usufructuario titular exclusivo de todas las facultades que integran el usufructo; y que, en cambio, el fiador no tiene un derecho actual sobre la hipoteca que garantiza el crédito afianzado, sino una mera expectativa de titularidad futura cuando pague. Pero con ser cierta esta diferencia, no puede dejar de advertirse que la solución inherente al art. 107.1 LH, no está fundada tanto en esa imposibilidad de consolidación (claramente se establece que los derechos sobre el usufructo se extinguen con éste –cfr. art. 480 Cc– y que el usufructo lo hace por consolidación –cfr. art. 513 Cc), como en el rechazo del injustificado enriquecimiento que a expensas del acreedor hipotecario obtendría así el usufructuario, que sin perder las facultades que integran ese usufructo (las que se integran en la nuda propiedad adquirida, plenificándola), las haría libres del gravamen hipotecario. Y este rechazo es igualmente justificado en el supuesto considerado: si el usufructuario no puede liberarse de la hipoteca que grava su derecho, so pretexto de la adquisición de la nuda propiedad y consiguiente consolidación, tampoco el acreedor hipotecario debe poder eximirse gratuitamente de su deber de ceder tal hipoteca cuando cobra el crédito al fiador, so pretexto de que la hipoteca se ha consolidado, pues tal consolidación ha supuesto para él un inequívoco enriquecimiento, un claro engrandecimiento de su propio patrimonio.

Si se quiere otra confirmación de tipo práctico sobre la indudable inclusión en el art. 1.852 Cc del supuesto de la sentencia examinada, piénsese en la siguiente hipótesis: acreedor hipotecario que compra el bien hipotecado para una sociedad que es suya al 100 %. Aquí, la interposición de esa persona jurídica societaria impide, obviamente, la consolidación, y el acreedor, cuando cobra al fiador, no puede oponerse a la cesión del crédito cobrado con su hipoteca. Pero prescindiendo de este argumento meramente formal de la no consolidación, ¿no es claro que desde una perspectiva económica que ignore el velo que supone la interposición de esa persona jurídica, la situación patrimonial global del acreedor debería quedar igual en ambos casos, pues su sacrificio económico es idéntico? Por el contrario, con el fallo analizado, el resultado es bien diferente: el acreedor, en el caso de la sentencia y conforme a su fallo, se quedaría con la fianza y con un dominio pleno sobre el bien originariamente hipotecado; en el caso propuesto, el acreedor conserva la fianza pero su sociedad queda con un dominio gravado y puede verse en la tesitura de sufrir la ejecución por el fiador del bien adquirido si el deudor es insolvente.

¹⁶ Idéntico trato ha de darse al supuesto en que el acreedor hipotecario que tiene su derecho de hipoteca subhipotecado (cfr. art. 107.4 LH), adquiere el bien hipotecado.

Por todo ello, creo que el TS yerra claramente al estimar en el caso contemplado que la extinción de la hipoteca por consolidación se produce sin detrimento de la fianza que subsiste en toda su extensión¹⁷. Pero con todo, no es éste el único, ni siquiera el principal, motivo para rechazar su decisión. Hay aun una razón adicional y más contundente, si cabe, para este rechazo; razón que, además, viene a poner de manifiesto cómo dicho fallo adolece de una adecuada ponderación de la situación fáctica subyacente, y de una valoración detenida del conflicto de intereses concurrente, con evidente menoscabo de la posición jurídica del fiador. Me estoy refiriendo ahora a las implicaciones inherentes a la concreta forma en que el acreedor hipotecario del supuesto contemplado adquiere la finca hipotecada, pues a mi parecer, éstas determinaron no solo la extinción de la fianza sino también la de la propia deuda doblemente garantizada una vez producido su vencimiento y en la cuantía equivalente al importe garantizado con la hipoteca; de modo que el banco acreedor, al haber obtenido del fiador el pago de la deuda como consecuencia de la ejecución 16/96, estaba, en realidad, recibiendo lo que ya no se le debía, constituyéndose, por tanto, en la obligación de restituirlo (cfr. art. 1.985 y ss. CC); obligación que, de resultar aplicable el art. 1.964 Cc, estaría aún vigente. Pasemos, pues, al examen de esta nueva consideración.

B) CONSECUENCIAS INHERENTES A LA ESPECÍFICA FORMA EN QUE EL ACREEDOR DOBLEMENTE GARANTIZADO ADQUIERE EL BIEN DADO EN GARANTÍA HIPOTECARIA DE SU CRÉDITO

1. Recordemos que el banco B adquiere la finca originariamente hipotecada en garantía de su crédito, por adjudicación en una subasta judicial celebrada en autos de juicio ejecutivo 389/94, en el que se trabó embargo de aquella finca el 16 de marzo de 1995. Aunque no consta la fecha de su inscripción, hay que suponer, por exigencia de la hipótesis considerada, que aquella hipoteca (constituída en escritura pública de 23-9-1992) es anterior a ese embargo.

Pues bien, así centrada la cuestión, el primer interrogante que debemos resolver es el siguiente: ¿Qué derechos tiene contra el deudor el que adquiriendo una finca hipotecada se ve obligado a pagar la deuda garantizada o a soportar la ejecución del bien adquirido? ¿Podrá dirigirse contra aquel para resarcirse de lo así pagado, o carece ya de todo derecho de reembolso?

De entrada, debe descartarse una asimilación total entre el adquirente de finca hipotecada y el que da su finca en garantía de una deuda ajena. Este último, si se ve obligado a pagar esa deuda o a soportar la ejecución del bien hipotecado, indudablemente puede reclamar del deudor el importe de lo pagado, y cuenta para ello con una doble acción: la de repetición, que corresponde al que paga una deuda ajena (cfr. art. 1.158 Cc), y la subrogación en el crédito satisfecho y en todos sus derechos anexos (cfr. arts. 1.210 y 1.212, y, por analogía, los arts. 1.838, 1.839, todos ellos del Cc).

¹⁷ Llevando las cosas al absurdo, el argumento del TS de que la extinción de la garantía, como es por causa ajena a la relación jurídica negociada, no debe operar en perjuicio del acreedor, permitiría al acreedor exigir, al amparo del art. 1.129 Cc, y desde el momento de la adquisición por él del bien hipotecado, ya el vencimiento anticipado de la obligación, ya la sustitución de la garantía hipotecaria extinguida.

La posición del adquirente de finca ya hipotecada, en cambio, dependerá de los términos en que verificara su adquisición:

– Parece evidente que si ese adquirente de finca ya hipotecada pagó su íntegro valor de mercado, sin deducción alguna por razón de la existencia de esa hipoteca (hipótesis verdaderamente excepcional), su posición debe ser idéntica a la del hipotecante en garantía de deuda ajena, siendo indiferente a este respecto que hubiere adquirido de un hipotecante no deudor (en cuya íntegra posición jurídica se subroga) o del propio deudor e hipotecante. Desembolsó por la adquisición de la finca hipotecada todo lo que valía, y ahora, además, está pagando una deuda ajena; por tanto, tiene derecho a resarcirse frente al deudor, que es el obligado al pago.

– En cambio, si ese adquirente de finca hipotecada pagó por ella solamente la diferencia entre su valor de mercado y el importe de la deuda garantizada, reteniendo este importe sin asumir la titularidad pasiva de aquella deuda, la respuesta, evidentemente, no puede ser la misma que en la hipótesis anterior. Ciertamente, la deuda garantizada sigue siendo ajena, y si ese adquirente se ve obligado a soportar la ejecución de la hipoteca o paga para prevenirla, está pagando una deuda ajena. Pero hay una importante diferencia entre esta hipótesis y la anteriormente considerada, que impone la diversidad de trato: el adquirente que retiene o descuenta el importe de la deuda garantizada con la hipoteca, está recibiendo por esa vía, anticipadamente y del transmitente (sea el hipotecante no deudor o el propio deudor e hipotecante), fondos necesarios para atender en su momento al pago de la deuda garantizada con el bien que adquiere, de modo que cuando realice este pago (soportando la ejecución de la hipoteca o pagando anticipadamente al acreedor para evitarla), nada podrá ya reclamar. Jurídicamente, no ha lugar a reintegro alguno a favor de este adquirente del bien hipotecado por el hecho de pagar una deuda ajena (así lo presuponen inequívocamente los arts. 118 LH¹⁸ y 231 de su Reglamento), pues este reintegro se había realizado en su favor anticipadamente¹⁹; y económicamente ha quedado en la misma posición que tenía antes de adquirir el bien hipotecado^{20 21}.

¹⁸ Adviértase que según este precepto, si el que paga la deuda garantizada con hipoteca es el propio deudor, se subroga en el crédito así satisfecho y en la hipoteca, contra el que adquirió el bien con retención o descuento.

¹⁹ Le ocurre lo mismo que al mandatario que paga una deuda del mandante habiendo recibido previamente la oportuna provisión de fondos; no tiene derecho de reembolso (cfr. art. 1.728 Cc). Y es de advertir la similitud entre esta figura del mandato y el compromiso que para el adquirente de finca hipotecada va implícito en la retención o descuento.

²⁰ Si este adquirente que compró una finca que valía 100, y que estaba hipotecada por 50, pagando solo 50, pierde después la finca en la ejecución de la hipoteca, lo normal es que recupere las 50 pagadas por vía de recepción del remanente del precio del remate producido en la ejecución de esa hipoteca, luego de pagado el actor. Este remate previsiblemente será de 100, pues éste es el valor de la finca y el rematante la adquiere libre; pero si el precio de tal remate no alcanza los 100, la pérdida inherente al menor remanente, será imputable exclusivamente al adquirente de la finca hipotecada (su estimación sobre el valor de la finca que adquiría no se confirmó después en la subasta), lo mismo que sería para él la ganancia si el precio de tal remate excediera de 100.

²¹ Aunque no sea ya muy relevante a los efectos de la sentencia que se comenta, conviene hacer algunas precisiones adicionales; y es que el hecho de que este adquirente del bien hipotecado que no paga su íntegro valor sino la diferencia entre éste y el importe de la obligación garantizada, no tenga ya derecho de reintegración frente a nadie no significa que estén agotadas todas las consecuencias inherentes a la constitución de la hipoteca. Así lo será cuando quien trasmitió la finca hipotecada era el propio deudor-hipotecante, pues en tal caso, el adquirente de la finca hipotecada que paga por él la deuda garantizada lo está hacien-

Aceptada esta diferencia de trato entre el adquirente de finca hipotecada que paga su íntegro valor y el que retiene o descuenta del precio acordado el importe de la obligación garantizada con esa hipoteca, el paso siguiente es determinar que es lo que ocurre cuando la adquisición de finca hipotecada se produce en el seno de una ejecución judicial de dicha finca por consecuencia de una carga posterior. Y es que, en tal caso, cuando se puja, se señala una única cantidad que ha de abonarse íntegramente, y no se hacen más especificaciones, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones realizadas de forma voluntaria y onerosa, en las que las partes fijan un precio que lógicamente corresponderá al valor de mercado de la finca y, luego, especifican que parte de él –lo correspondiente al importe de la obligación garantizada con la hipoteca– se retiene o descuenta por el adquirente para hacer frente al pago cuando corresponda, abonando el resto en la forma que convengan. En consecuencia, es de suma importancia, a nuestros efectos, definir cuál es la verdadera contraprestación del rematante en las adquisiciones realizadas en subasta judicial cuando el bien rematado tiene cargas preferentes a la ejecutada; es necesario precisar si su posición jurídica se asemeja a la del que compra la finca hipotecada pagando por ella su íntegro valor de mercado sin deducir nada por razón de la hipoteca, o a la del que retiene o descuenta del precio pactado (el que lógicamente se aproximará, si no coincidirá, con el valor de mercado), el importe de la deuda garantizada con hipoteca. Y a este respecto, debemos tener en cuenta que la legislación a considerar en este momento será la LEC de 1881, modificada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y con las implicaciones derivadas del art. 133 de la LH entonces vigente, dado que en nuestra hipótesis, el procedimiento judicial en el que adquiere la finca el banco es el ejecutivo 389/94, y la adjudicación se fecha el 12 de julio de 1996.

Pues bien, de conformidad con esta normativa, iniciado el procedimiento de apremio, si los bienes embargados son inmuebles, se procederá, luego de realizar las actuaciones prevenidas en los arts. 1.489 a 1.493 LEC citada²², al avalúo del bien embargado (cfr. art. 1.494), en la forma fijada por los arts. 1.483 y ss. conforme a los cuales, parece claro que se trata de fijar el

do con fondos que recibió previamente del propio deudor; de modo que con tal pago se extingue al mismo tiempo la hipoteca y la deuda garantizada. Si, por el contrario, quien transmitió la finca hipotecada era un hipotecante no deudor, es evidente que cuando el adquirente de dicha finca soporte la ejecución o pague para evitarla, el deudor no debe quedar libre, pues su patrimonio –que es el que debe afrontar el pago definitivo– no ha sufrido mengua alguna hasta ese momento; quien hasta ese momento ha soportado todo el sacrificio económico inherente al pago al acreedor hipotecario que ejecutó la hipoteca o que cobró su importe, no es ni el deudor ni el adquirente de la finca hipotecada que soportó su ejecución o pagó para prevenirla, sino el que originariamente constituyó la hipoteca en garantía de deuda ajena y que luego vendió la finca hipotecada por la diferencia entre su valor de mercado y el importe de la deuda garantizada; es este constituyente originario quien, pese a haberse desprendido de la finca hipotecada, sigue teniendo el derecho a reintegrarse del deudor; y cuando así lo haya conseguido, quedarán las cosas definitivamente zanjadas. El que compra la finca hipotecada al hipotecante no deudor con retención o descuento, recibe de éste, en ese momento, los fondos para hacer frente a la deuda garantizada, por lo que asume frente a él el compromiso de pagarla; por tanto, cuando así lo haga, el derecho de reintegro frente al deudor no ha de corresponder al adquirente que paga, sino a su transmitente.

²² Estas actuaciones consisten en la petición de certificación registral, notificación a titulares de derechos o cargas posteriores al ejecutado, presentación de títulos o requerimientos a tal efecto.

valor real del bien sin tener en cuenta las cargas que pesen sobre el mismo²³. El valor así fijado servirá de tipo a la subasta (cfr. art. 1.483 y 1.500, párrafo primero), no admitiéndose en la primera, posturas que no cubran dos terceras partes del mismo (cfr. art. 1.499)²⁴. Y se advierte al postor que «las cargas anteriores a la ejecutada subsisten, sin destinarse a su extinción el precio de remate», «entendiéndose que el rematante las acepta» y «que queda subrogado en la responsabilidad derivada de las mismas», y «en la obligación de satisfacerlas» (cfr. reglas 8.^a, 10.^a, 11.^a y 13.^a del art. 131 LH, según redacción dada en 1909²⁵ y mantenida en 1944; reglas que a partir de la reforma hipotecaria de 1944-1946, se aplicarán también a toda ejecución judicial por imperativo de la nueva redacción que con ocasión de esta reforma se da al art. 133 LH²⁶).

A la vista de estos preceptos, la doctrina mayoritaria considera que el rematante de finca sujeta a cargas preferentes a la ejecutada se convierte en el nuevo titular pasivo de la obligación garantizada por la carga anterior o preferente, de modo que el deudor originario queda liberado, ocupando su lugar el que adquiere el bien en la ejecución de la carga posterior. De acuerdo a esta opinión, en el supuesto examinado, la deuda garantizada con la hipoteca recayente sobre el bien adquirido por el banco B, en el ejecutivo 389/94, se extinguiría por confusión, al concurrir en la misma persona del adquirente las cualidades de acreedor y deudor (cfr. art. 1.192 Cc). Y extinguida la deuda, quedaría también extinguida la fianza, por imperativo del art. 1.847 Cc.

Ciertamente, es difícil compartir esa doctrina que coloca al adquirente de la finca ejecutada en la condición de titular pasivo de la obligación garantiza-

²³ Sobre este particular no parece haber dudas, pues:

a) los arts. 1.483 y ss. están contemplando directamente la tasación de bienes muebles, en los que no cabe la cabalgata de cargas o gravámenes.

b) debe recordarse que los arts. 1.483 y ss. proceden de la originaria LEC de 1881, en la cual se adoptaba el principio de purga total, y en la que la liquidación de cargas se efectuaba una vez aprobado el remate (cfr. art. 1513).

c) tal criterio se confirma en el art. 639.3 LEC vigente.

Ciertamente, puede resultar sorprendente que si del valor fijado por los peritos tasadores no debe deducirse el importe de las cargas preferentes, se mantenga la inadmisión en primera subasta de posturas que no cubran dos tercios de aquél, habida cuenta que aquellas cargas preferentes pueden exceder del tercio. Pero repárese que esas cargas preferentes pueden ser mera apariencia registral, y que entonces no había trámite procesal – a diferencia de lo que hoy se prevé en el art. 657 de la nueva LEC de 2000– que permita comprobar su vigencia extrarregistral y efectivo importe. En la actualidad, esta disfunción queda eliminada por el art. 666 LEC vigente. Para la situación anterior, hemos de entender que a pesar de la literalidad de los artículos 1.483 y 1.500, la postura mínima admisible debería ser la que cubriera dos terceras partes de la diferencia entre el valor fijado por los peritos y el importe registral de las cargas anteriores.

²⁴ Nos remitimos aquí a lo dicho en nota precedente.

²⁵ Antes de esta reforma de 1909, el criterio seguido es el de purga o liberación total, cualquiera que fuere la carga ejecutada; la finca pasaba al rematante libre de toda carga, salvo censos y otras cargas perpetuas, aunque cuando se estuviere ejecutando una segunda o posterior hipoteca. Es con ocasión de esta reforma cuando se acoge el nuevo criterio de purga parcial, aunque inicialmente sólo se adopta para para el nuevo procedimiento de ejecución de las hipotecas que se va a introducir, el entonces denominado «procedimiento judicial sumario».

²⁶ Es irrelevante que con ocasión de la reforma de la LEC de 1992, no se acogiera también en la nueva redacción dada al art. 1.512 de dicha ley, la expresión «subrogarse en la obligación de satisfacer las cargas preferentes», incluyendo únicamente la frase «subrogándose en la responsabilidad derivada de las mismas (esas cargas preferentes)». Una y otra expresión deben entenderse aplicables por imperativo del art. 133 LH.

da con la hipoteca preferente a la ejecutada. Como han señalado Benedicto Blázquez y M. Peña, esa posición entra en clara contradicción con el art. 1.205 Cc, que impide el cambio de deudor sin consentimiento del acreedor. Contradice igualmente lo dispuesto en el art. 1.257 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que el negocio generador de la obligación garantizada –distinto e independiente jurídicamente del negocio de constitución de la hipoteca, aun cuando ambos se formalicen en un mismo documento público– se ve modificado sin intervención de uno de los otorgantes. Y tampoco armoniza con la previsión del art. 231 RH que presupone claramente que el rematante no ha sustituido al originario deudor en su condición de tal. Por otra parte, no se ve porqué la transmisión del bien dado en garantía hipotecaria de una deuda, ha de alterar la propia obligación garantizada. ¿Con qué argumentos puede sostenerse que actos posteriores a la constitución de la garantía hipotecaria –elemento accesorio respecto del crédito asegurado– y realizados sin intervención del acreedor, pueden comportar un cambio en el propio crédito garantizado? Piénsese que el bien hipotecado puede haber disminuido de valor, de modo que no cubra ya la obligación garantizada, y que la solvencia patrimonial del nuevo adquirente sea nula ¿Porqué ha de privarse al acreedor hipotecario de una garantía como es la inherente a la responsabilidad patrimonial del originario deudor, quizás más fuerte y decisiva en la concesión del préstamo garantizado que la propia hipoteca, obligándosele a tener que conformarse con la responsabilidad patrimonial universal del nuevo propietario, quizá insignificante? ¿No sería razonable, antes de imponer tal sustitución en la persona del deudor, permitir al acreedor optar por la renuncia a la propia garantía antes que tener que aceptar un nuevo deudor? ¿Qué dirán los defensores de esta tesis si la garantía hipotecaria preferente que pesaba sobre el bien ejecutado, es una hipoteca unilateral pendiente de aceptación?

No es necesario, sin embargo, insistir en las contradicciones inherentes a esta tesis de la subrogación del rematante en la titularidad pasiva de las obligaciones garantizadas con las hipotecas preferentes recayentes sobre el bien ejecutado, pues la posición alternativa conduce a idéntico resultado. Esta tesis alternativa no es otra que la de equiparar al rematante del bien sujeto a una hipoteca preferente con el comprador que retiene o descuenta del precio de remate el importe de la obligación asegurada con dicha hipoteca²⁷; y del mismo modo que este comprador con descuento o retención asume, según se ha dicho, el deber de atender al pago de la deuda garantizada con la hipoteca del bien que adquiere, hasta el importe de lo retenido, pues merced a esa retención, recibe del vendedor –sea el propio deudor, sea su fiador real– los fondos necesarios para realizar dicho pago, así también el rematante de un bien sujeto a una hipoteca preferente, queda comprometido a pagar esa deuda hipotecaria hasta el límite de la responsabilidad real que conste en el registro, pues también se ha proveído de los fondos pertinentes al pagar por el bien rematado solo la diferencia entre su precio de mercado y el importe de esa hipoteca preferente que va a subsistir. De donde se desprende que si este rematante es, además, el propio titular del crédito hipotecario preferente que se compromete a pagar, debe tenerse por satisfecho una vez que se produzca su vencimiento y en la medida representada por la cifra de responsabilidad hipotecaria reflejada en el registro, sin que pueda reclamar ya nada dentro de esta medida, ni al deudor, ni al fiador. Ese crédito hipotecario preferente queda en esa medida extinguido y, con él, la fianza que lo garantizaba.

²⁷ Vid. M. PEÑA, en su obra *Derechos reales. Derecho Hipotecario*.

Así pues, tanto la tesis de la colocación del rematante en la posición de deudor del crédito garantizado con la hipoteca preferente que recaer sobre el bien rematado, como la de su equiparación al comprador con retención o descuento del importe de esa deuda en el precio estipulado, evidenciarían el total desacierto del fallo que ahora analizamos. La única forma de obviar este error sería demostrar que ninguna de estas tesis es acertada por cuanto dicho rematante debe ser equiparado al comprador de finca hipotecada que paga su íntegro valor de mercado, sin descontar nada por razón de esa hipoteca preferente que va a subsistir (única hipótesis en que se mantendría en todo su vigor el crédito garantizado con la hipoteca preferente que pesaba sobre el bien rematado por el banco B, en el supuesto considerado).

Ello nos obliga a examinar más detenidamente el significado de las expresiones legales recogidas en las reglas 8.^a, 10.^a, 11.^a y 13.^a del art. 131 LH y 1.512 LEC, tras su reforma de 1992, y que como hemos dicho son las siguientes: «que las cargas anteriores a la ejecutada subsisten, sin destinarse a su extinción el precio de remate», «que se entenderá que el rematante las acepta y «que queda subrogado en la responsabilidad derivada de las mismas», y «en la obligación de satisfacerlas».

A mi juicio, para apreciar el verdadero sentido en que el legislador utilizó estas expresiones «subrogarse en la responsabilidad derivada de los mismos (los gravámenes anteriores)», y «subrogarse en la obligación de satisfacerlos», lo mejor es situarse en el modo de desenvolvimiento de la ejecución cuando aún regía el principio de purga total.

Conforme al sistema de purga total de la originaria redacción de la LEC de 1881, la oferta formulada por el mejor postor reflejaría el valor íntegro del bien ejecutado, y debería ser desembolsada de modo inmediato.

El art. 1.511 de ese texto establecía que una vez aprobado el remate, el actuario liquidaría las cargas que afecten a los inmuebles vendidos, rebajando del precio solamente el capital de censos y demás cargas perpetuas, que continuaban vigentes. Hecha esta liquidación, el rematante debía consignar la diferencia entre el precio de remate y el importe liquidado de esas cargas perpetuas (cfr. art. 1.513 de ese texto); y realizada esta consignación, recibía el bien subastado libre de toda carga a excepción de las perpetuas (cfr. art. 1.514 de esa ley). En cuanto al destino del importe consignado por el rematante, dependía de si lo ejecutado era la hipoteca o carga preferente de las que recaían sobre el bien, o una segunda o posterior hipoteca o carga. En esta segunda hipótesis, que es la que ahora interesa, primero se deducía del precio de remate el importe de las cargas preferentes a la ejecutada, y se depositaba en establecimiento destinado al efecto, para que cuando venciera el crédito por ellas garantizado, si no era pagado voluntariamente por el deudor, el acreedor se cobrase oportunamente; y solo después de cubiertas estas atenciones, se procedía al pago del ejecutante si alcanzaba la suma pagada; y habiendo remanente, se entregaba a los titulares de las cargas posteriores, y de no existir ninguna, quedaba a disposición del deudor (cfr. art. 1.516 Cc).

Como en el nuevo sistema de purga parcial van a subsistir las cargas anteriores, del precio ofertado por el rematante ya no es necesario hacer detracción alguna por el actuario, destinándose este precio en primer lugar al pago del actor. Ciertamente, sería correcto afirmar que hasta aquí nada permite inferir que el precio ofertado por el rematante no pueda ser el íntegro valor de mercado del bien ejecutado, sin reducción alguna por razón de

las cargas anteriores que van a subsistir²⁸; aunque ha de reconocerse que pecaría de ingenuo el legislador si esperase que los postores van a estar dispuestos a pagar el íntegro, corriendo el riesgo de perder después la finca en la ejecución de la carga anterior, y de no poder recuperar lo pagado por insolvencia del deudor²⁹. Pero es que resulta que el legislador no se conforma con proclamar solamente la subsistencia de las cargas anteriores, sin destinar a su extinción el precio de remate, remitiendo al Derecho Civil la definición de la posición de ese rematante en cuanto a la obligación garantizada con esa carga anterior; por el contrario, se cuida muy bien de añadir que el rematante se subroga en la responsabilidad de dicha carga, y en la obligación de satisfacerla; y esto no puede significar otra cosa que la consideración legal de que la verdadera contraprestación del rematante no se integra únicamente por el deber de pago del precio ofrecido, sino también por el compromiso de atender al pago de aquella carga preferente como si fuera propia³⁰. Sería absolutamente incongruente entender que la puja del rematante equivale al íntegro valor de mercado del bien subastado, sin reducción alguna por razón de las cargas preferentes que van a subsistir, y al mismo tiempo proclamar la subrogación del rematante en la responsabilidad derivada de dicha carga³¹.

Si se estimare que el precio ofrecido por el rematante del bien hipotecado es el valor de mercado que le correspondería si estuviese libre de cargas, las cosas no encajarían desde el punto de vista práctico. En tal caso, el rematante estaría asumiendo un sacrificio económico mayor que el valor de ese bien si estuviera libre, pues, además de pagar el íntegro se le estaría colocando, como decimos, en la posición de fiador real del deudor, corriendo el riesgo de

²⁸ De ser así, ocurriría al rematante lo mismo que al que compra un bien hipotecado pagando el íntegro; si soporta la ejecución de esta hipoteca o paga al acreedor hipotecario para evitarla, podrá reclamar al deudor lo así desembolsado.

²⁹ En definitiva, quien paga el íntegro por una finca hipotecada debe ser alguien que tiene con el deudor y con el propietario una especial relación personal, pues asume una posición similar a la del hipotecante no deudor.

³⁰ Compromiso que no impone necesariamente la sustitución del deudor, pues es perfectamente válido el pacto por el que un tercero asume frente al deudor —que no deja de serlo por ello— el deber de pagar su deuda (Incluso, cabría pensar en una asunción cumulativa de deuda). No hay razón alguna para derivar de este compromiso un cambio de deudor del mismo modo que el mandatario que recibe del mandante deudor los fondos necesarios para atender el pago de una deuda suya no le sustituye en su condición de deudor, ni tampoco el depositario que acepta una cosa en depósito con obligación de restituirla a persona determinada a quien se la debe el depositante, pasa a ser deudor de aquélla. Ese rematante viene obligado al pago de la deuda garantizada en razón de que tiene ya en su poder el importe necesario para afrontarlo, habiéndolo recibido de quien al constituir la carga preferente se obligaba a responder de ello.

³¹ Ciertamente, la expresión «subrogarse», tiene un sentido jurídico muy preciso: colocarse en el lugar o en la posición jurídica que corresponde a otro (bien o persona); y como la hipoteca sólo obliga al propietario a soportar su ejecución en caso de impago de la deuda garantizada, bien podría argumentarse que subrogarse en la responsabilidad derivada de una hipoteca preferente, implica exclusivamente soportar su ejecución, en su caso, pero sin prejuzgar los posteriores derechos del propietario ejecutado contra el deudor hipotecario. Sin embargo, debe reconocerse que esta interpretación haría innecesaria la propia expresión legal interpretada, pues bastaría entonces con la sola proclamación de subsistencia de esta carga preferente. Por otra parte, no debe olvidarse que también se dice que el rematante se subroga en la obligación de satisfacer esa carga preferente, lo que indudablemente es algo más que soportar su ejecución.

perder la cosa y el precio pagado si se ejecuta la hipoteca y el deudor resulta después insolvente³². En cambio, si se estima que el precio ofrecido por el rematante incluye una retención implícita del importe de la hipoteca, aunque después pierda la finca por ejecución de la hipoteca y ya nada pueda reclamar del deudor, quedará económicamente inmune porque lo normal será que en la ejecución posterior de esa hipoteca preferente, el rematante ofrezca ahora su íntegro valor, quedando, en consecuencia, un resto después de pagar al actor, que ira al ejecutado y que será similar a lo que éste desembolsó en su día (si hay diferencia, ésta obedecerá a la distinta apreciación que sobre el valor de la finca hayan tenido los rematantes en cada una de esas ejecuciones, y ello, obviamente, debe ser a riesgo o beneficio del que adquirió en la primera ejecución)³³.

Por otra parte, es de notar el paralelismo existente entre el esquema legal anejo al sistema de purga total y el que se establece tras la superación de ese

³² No puede ignorarse el indudable significado económico que tiene este afianzamiento real, que habría de añadirse al valor íntegro del bien subastado que se ha satisfecho.

³³ Un ejemplo ayudará a confirmar estas consideraciones: Supongamos que el inmueble en cuestión vale 100, y sobre él pesa una primera hipoteca por 50, y una segunda hipoteca por 25. Veamos las dos posibilidades antes señaladas:

a) El rematante en la ejecución de esa segunda hipoteca ofrece 50, esto es, toma en consideración la carga preferente que subsistirá y reduce en consecuencia su oferta. Después sufre la ejecución de la primera hipoteca, en la que el rematante ofrece los 100, pues adquirirá el bien libre. De esos 100, se detraen 50 para pagar al acreedor hipotecario primero, y las otras 50, se le entregan al originario rematante y ahora ejecutado, como propietario ejecutado. Queda, por tanto, igual que estaba al principio; no sufre ningún perjuicio económico. Si en tal supuesto se le permitiera después proceder por vía subrogatoria contra el deudor del crédito garantizado con esa primera hipoteca ejecutada, al amparo de los arts. 1.210, 1.212 y 1.839 Cc, se vería enriquecido injustamente, pues saldría ganando 50 si ese deudor no era insolvente. Y ¿quién sería el que experimentaría el correlativo empobrecimiento? La respuesta no es unívoca, depende del concreto supuesto que se aborde; pero si suponemos que el propietario de la finca al tiempo de iniciarse la ejecución de la hipoteca segunda, era el que había constituido la primera en garantía de deuda ajena, éste será el que sufre ese empobrecimiento por cuanto una finca que valía 100, la pierde por solo 50.

Parece claro, por tanto, que en este supuesto, el que remató la finca por 50, en la ejecución de la segunda hipoteca, aunque después la pierda como consecuencia de la ejecución de la primera hipoteca, no debe tener ninguna acción contra el deudor garantizado por esta primera hipoteca. Ahora bien, este deudor que pese a no pagar nada queda libre de reclamaciones frente al propietario del bien hipotecado en garantía de su deuda y que sufre la correspondiente ejecución, quedará, sin embargo, sujeto a la acción del que originariamente constituyó la hipoteca, para resarcirse de la pérdida que experimentó cuando en la ejecución de la segunda hipoteca perdió por solo 50 el bien que valía 100. De este modo nadie pierde injustamente y nadie se enriquece injustamente: el posterior en la ejecución de la segunda hipoteca queda económicamente igual que estaba si no hubiera ido a esa ejecución; el que constituyó la primera hipoteca en garantía de deuda ajena y que acaba perdiendo el bien también queda neutral, pues con el valor íntegro de dicho bien –que era de 100– paga la deuda –supongamos que suya– garantizada por la segunda hipoteca, y se queda con 75 en metálico (25 recibidas como resto en la ejecución de la segunda hipoteca y 50 que percibe del deudor del crédito que garantizó con la primera hipoteca); y el deudor de este crédito acaba pagando, que es lo que le corresponde.

b) El rematante en la ejecución de la segunda hipoteca ofrece 100; después sufre la ejecución de la primera hipoteca. En esta segunda ejecución, en la razonablemente se pagarán 100, recibirá 50 como remanente resultante después de pagar al acreedor ejecutante (que lo era, como decimos, por 50). El resarcimiento de los otros 50, obviamente deberá obtenerlo del deudor garantizado con la hipoteca primera, procediendo contra él por la vía subrogatoria antes referida, y si no lo consigue, deberá asumir la pérdida como la debe asumir cualquier fiador que pagando la deuda no puede después resarcirse de su deudor.

principio, si se acepta que las ofertas en la subasta judicial llevan implícito el descuento del importe de la carga anterior que subsistirá:

Conforme al sistema anterior de purga total, lo primero era la puja, luego la liquidación por el actuario de las cargas anteriores y preferentes a la ejecutada, la detracción del precio de remate del importe así liquidado, el subsiguiente depósito de lo detraído para la cobertura futura de esas cargas, y el destino del resto a pagar al actor. Ahora, como las cargas preferentes subsisten, su liquidación corresponderá al propio postor quien debe realizarla previamente a la puja y tenerla en cuenta en la formación de ésta; de este modo, el lugar que correspondía antes a la detracción del precio ofertado y al posterior depósito de lo así detraído, lo ocupa ahora la consideración de que dicho importe permanece en poder del rematante para que en su día haga con él frente a la carga anterior, como ocurría en el sistema anterior con lo depositado; y ello explica también que el precio ofrecido y desembolsado en su totalidad, se destine ya en primer lugar al pago del actor.

En ambos casos la contraprestación del rematante sería la misma (el valor íntegro del bien ejecutado); solo que mientras antes debía desembolsar el total de inmediato (distribuyéndose después lo pagado entre lo que ha de depositarse para pagar en su día la carga preferente, y lo que se entregará al actor y, en su caso, al ejecutado), ahora ese desembolso íntegro se desdobra en un pago actual que se fija en la puja (que equivale al valor neto del bien adquirido, y que debe ir al actor y, en su caso, al ejecutado), y en un pago futuro equivalente al importe de las cargas preferentes, pago que asume realizar el rematante en lugar del deudor y sin poder repercutírselo después, pues al pagar de presente solo una parte del total valor del bien, está adquiriendo anticipadamente del propio deudor (si es el constituyente de la hipoteca preferente) o de su fiador real (si la hipoteca lo es en garantía de deuda ajena), los fondos necesarios para ello. Subrogarse el rematante en la responsabilidad de la carga anterior y en la obligación de pagarla, no tendría, pues, otro significado que el confirmar que junto a la cantidad ofrecida en su puja —equivalente al valor neto del bien adquirido—, la contraprestación total del rematante incluye, además, la aceptación de ese compromiso de pago de la carga preferente, de modo que cuando ésta venza y su titular la reclame, o bien le entrega voluntariamente dicho importe, o bien debe soportar la ejecución del inmueble adquirido, sin que en tal caso tenga ya ningún derecho de resarcimiento frente a nadie, pues no hay nada de lo que deba resarcirse³⁴.

Puede, pues, inferirse de las consideraciones anteriores que para el legislador es irrelevante la relación entre el precio ofrecido por el rematante en la ejecución de una carga posterior, y el valor que tendría en el mercado el bien ejecutado si estuviere libre; cualquiera que sea la oferta del rematante, se le está haciendo saber que, además, deberá atender al pago de la carga preferente como si fuera el deudor, y sin posibilidad ya de reembolsarse de lo así pagado.

Así pues, si el rematante de una finca hipotecada se entiende que está pagando de presente solo el neto, y que está reteniendo el importe de la hipo-

³⁴ Podría discutirse que ocurriría si en el ínterin el bien hipotecado se pierde por caso fortuito: ¿quedará el rematante libre de su compromiso frente al titular de la hipoteca preferente o seguirá teniendo que verificar el pago asumido? Mas, aunque se sostuviera que el titular de la carga preferente puede reclamarle el pago incluso si el bien hipotecado adquirido se haya perdido, ello no hace necesario entender que el rematante ha sustituido al deudor originario en la propia relación crediticia.

teca para atender al pago futuro de ésta, sin posterior derecho de regreso contra nadie, ¿qué habremos de concluir cuando ese rematante sea, además, el propio titular del crédito garantizado con esa hipoteca? ¿No es evidente que nada puede reclamar ya a nadie por razón de dicho crédito si su cuantía efectiva no supera la cifra de responsabilidad hipotecaria, pues ya ha recibido por adelantado el contenido económico de su derecho, obteniéndolo, además, del propio deudor en el caso considerado en la sentencia analizada?

Y si esto es así, ¿con qué derecho o fundamento procedió a reclamar del fiador, lo que el propio deudor ya le había abonado? ¿No supone ello un claro enriquecimiento para el banco en el caso analizado?

2. Nos preguntamos si esta conclusión no podía haber sido advertida por el TS. Y quizás se nos conteste que como el fiador solo alegó que el no debía pagar porque no iba a poder subrogarse después en la hipoteca, no debía entrar el tribunal en otras posibles razones determinantes de la improcedencia de la reclamación contra el fiador.

Ciertamente, no es posible saber con precisión, a la vista del texto de la sentencia comentada, en qué concretos términos se formuló por el fiador su demanda reconventional; de aquella solo resulta que el fiador pedía que se le declarara libre de la fianza. Y no puede desconocerse que es principio básico en la organización del proceso civil, el de rogación, que presupone la congruencia de la sentencia (cfr. arts. 216 y 218 LEC).

Sin embargo, entiendo que en el caso debatido, pedido por el fiador que se le declare libre de la fianza, ha de resultar irrelevante a los efectos de estimar o rechazar tal petición, la circunstancia de que el fiador la hubiere fundamentado exclusivamente en la aplicación del art. 1.852 Cc, y no hubiere reparado en que a la misma conclusión conducían los arts. 1.847 y 1.156 Cc. De los hechos fijados por la propia sentencia resulta una doble razón fundamentadora de la improcedencia del pago por el fiador; y parece claro que el objetivo verdaderamente perseguido por el fiador es que se le devuelva lo pagado. En tales circunstancias, el principio *iura novit curia*, recogido en nuestro Ordenamiento (cfr. art. 1-7 Cc), no permitiría esperar del tribunal que tenga en cuenta fundamentos jurídicos olvidados por el demandante, que caminan en la misma dirección que los invocados, que contribuyen a reforzar la pertinencia del objetivo inequívoco del demandante, y cuya operatividad es patente a la luz de los hechos delimitados?

Estimar en el caso debatido que, conforme al art. 218, 1, párrafo segundo de la LEC, la pretensión del fiador es exclusivamente que se declare que la fianza por él prestada se extinguió como consecuencia de la imposibilidad de subrogación en la hipoteca, puede ser una posición muy ajustada a una estricta literalidad de la norma citada, pero resulta difícil de aceptar. Cuántas veces no vemos a nuestro Tribunal Supremo, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por daños, fundamentar su fallo en la responsabilidad aquiliana, a pesar de que el demandante solo invocó la responsabilidad por incumplimiento contractual?

Por otra parte, aun aceptando esa estricta delimitación de la pretensión procesal, en el caso debatido ¿a dónde nos conduciría ello? Parece evidente que si concluimos que la cuestión litigiosa a decidir en el pleito seguido, debía quedar definida en los estrictos términos apuntados, nada impedirá al fiador entablar un nuevo proceso para que se declare la improcedencia del pago efectuado al banco B, invocando ahora como fundamento de su derecho la extinción de la deuda afianzada como consecuencia de la adquisición por el acreedor hipotecario del bien hipotecado; esto es, en base a los arts. 1.847

y 1.156 Cc. La excepción de cosa juzgada no podría aplicarse al no haber identidad entre ambos procesos (cfr. art. 222, 1 y 2 LEC). Ahora bien, ¿es razonable una interpretación de las normas que conduzca a tan inconveniente multiplicación de trámites y costes, y a tan evidente dilación en la resolución final del asunto, cuando ya desde el principio se conoce el objetivo práctico de las partes, y se tienen a la vista los hechos que han de determinarla?

Bien pensadas las cosas, en el caso debatido, quizás convenga apuntarse a la rigurosidad en la delimitación de las pretensiones de las partes, pues ello abriría al ahora fiador una nueva oportunidad de recuperar lo que nunca debió pagar al banco B³⁵. Sin embargo, comprendemos el riesgo que corre ese fiador si iniciara un nuevo proceso al amparo de estas consideraciones, pues ¿quién le asegura cuál será la posición del tribunal que conozca el nuevo pleito, en punto al modo de delimitar la pretensión del actor y a la apreciación de la eventual excepción de cosa juzgada que el banco pueda oponer?

En cualquier caso, no insistiremos más en esta cuestión procesal, pues el objeto del comentario realizado es propiamente el análisis de la corrección sustantiva del fallo examinado; análisis que damos aquí por concluido, remitiéndonos, sin más, al juicio del lector.

Madrid, a 29 de enero de 2010

³⁵ Es fácil, como ya hemos sugerido, que esa pretensión de devolución de ese pago indebido no haya prescrito.