

El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Universidad Hispalense Derecho Civil

RESUMEN

En defensa de nuestra jurisprudencia negamos en este trabajo la resurgida teoría del hipotecante por deuda ajena como «fiador real»:

En lo teórico, porque tal tesis constituye una contradictio in terminis perturbadora de categorías clásicas como, sobre todo, la distinción entre derechos reales y personales, entre cargas reales y personales y, por ende, entre garantías reales y personales, desconociendo la diferencia radical, esencial, que entre tales categorías existe en su naturaleza jurídica y, por ello mismo, en su régimen jurídico. Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito sólo justifica la comparación, no la asimilación, como especies del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies o ramas distintas, de diversa naturaleza y, también por ello, de diverso régimen: la fianza, como garantía personal en la que el fiador debe y responde, y la hipoteca, como garantía real, en la que el tercero hipotecante no debe ni responde.

En lo práctico, admitir la tesis del «fiador real» conllevaría, como se pretende, aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca dada por tercero, protegiendo con ello en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de favor pigneratoris, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. Aun aceptando la analogía, la tesis es inconducente, porque ninguna norma de la fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o, precisamente, con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca (como así sucede, vgr., con los arts. 1822, 1825 a 1829, 1837, 1844, 1845, 1847, 1850 y 1854 ss CC); ora por su innecesariedad (vgr., las normas que son efecto de la accesoriedad de toda garantía o las relativas al pago de deuda ajena); ora por su excepcionalidad (vgr., arts. 1843, 1851 a 1853 CC, entre otras); ora por todas las razones dichas conjuntamente (como así sucede con los arts. 1830 ss y 1856 CC, sobre el beneficio de excusión).

SUMARIO: I. *Ese mal llamado «fiador real»: contradictorio y perturbador en lo teórico e inconducente en lo práctico.*—II. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad:* 1. Normas de la fianza fundadas en su accesoriedad, y otras normas colaterales: en especial, los artículos 1823 a 1826, 1835, 1841 y la primera parte de los artículos 1847, 1853 y 1975 CC. 2. Normas de la fianza relativas al pago hecho por el fiador: los artículos 1838 a 1842 CC.—III. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su excepcionalidad:* 1. El favor *fideiussoris*, ¿y el favor *pigneratoris*? La inaplicabilidad de los artículos 1843, 1851 y 1852 CC. 2. La inaplicabilidad de los singulares artículos 1824.II y 1853 *in fine* CC.—IV. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad o por su excepcionalidad, según se interprete la ratio y el alcance de los artículos 1849 y 1975 in fine CC.*—V. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su incompatibilidad con el régimen o con la naturaleza de la hipoteca:* 1. Normas de la fianza incompatibles con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca: los artículos 1822, 1847 *in fine* y todos los que regulan la subfianza. 2. Normas de la fianza incompatibles con los principios de especialidad y de indivisibilidad, y por ende con la propia naturaleza, de la hipoteca: los artículos 1825, 1826.II, 1827.II, 1837 y, con él, los artículos 1844, 1845 y 1850 CC. 3. Otras normas de la fianza incompatibles (e innecesarias) con las de la hipoteca: los artículos 1823.I, 1827 a 1829 y 1854 ss CC.—VI. *Normas de la fianza inaplicables al hipotecante no deudor por su excepcionalidad, innecesariedad e incompatibilidad: los artículos 1830 a 1834, 1836 y 1856 CC o el llamado beneficio de orden o excusión:* 1. Naturaleza y fundamento de la excusión del fiador: ¿consecuencia lógica de la accesoriedad o de la subsidiariedad? Privilegio singular fundado en la equidad, en el favor *fideiussoris*, e inaplicable, por su excepcionalidad, a la hipoteca. 2. El intento de conceder, por analogía o por acuerdo, la excusión al hipotecante no deudor con fundamento en una anacrónica resurrección de la histórica excusión del tercer poseedor y en una errónea alabanza del *Code* y del Proyecto CC-1851: su incompatibilidad con los principios de publicidad y especialidad de toda hipoteca. 3. La pretendida excusión convencional de eficacia *inter partes* en favor del hipotecante no deudor: su nulidad por ser *contra naturam* y *contra legem*.

I. ESE MAL LLAMADO «FIADOR REAL»: CONTRADICTORIO Y PERTURBADOR EN LO TEÓRICO E INCONDUENTE EN LO PRÁCTICO

Sea por lo que fuere, en los últimos tiempos la práctica parece mostrarnos un mayor uso de la hipoteca por deuda ajena. En parte, parecen demostrarlo las varias y recientes SSTs, que, secundando a las más antiguas, abordan tal figura para negarle la consideración de fianza y, por tanto, la aplicación analógica de las normas que

regulan ésta¹. Frente a tal jurisprudencia ha resurgido, recientemente también, en una importante parte de nuestra doctrina la posición opuesta: la de considerar al hipotecante no deudor como figura idéntica, para unos, o similar, para otros, a la del fiador, y la de aplicarle, por ende, algunas o casi todas las normas que regulan la fianza². Se hablará, entonces, del hipotecante no deudor como «fiador real». No es una opinión original. Ha mucho ya que así lo creyeron importantes juristas, primero, en Francia³, y, luego, por su influencia, en Italia⁴.

¹ Limitándonos, de momento, a citarlas, son destacables las SSTs de 9 de marzo y 14 de diciembre de 1874, 26 de mayo de 1950, 28 de mayo de 1991, 6 de octubre de 1995, 23 de marzo de 2000, 9 de marzo de 2001, y de 3 de noviembre de 2004. En la misma línea se mueve la «jurisprudencia registral», que iremos igualmente viendo en este trabajo.

² MORENO QUESADA, L., *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987; CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 406, 411, 414 ss.; AZPITARTE CAMY, R., *La hipoteca por débito ajeno*, en Libro Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 63-124; y, como más recientes, LÓPEZ LIZ, J. (*Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH*, Barcelona, 1987, pp. 161 y 162); CORDERO LOBATO, E., «Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995», en *CCJC*, 1996, pp. 237-254; FELIU REY, M., «Fianza real. Subrogación por pago de tercero interesado y solidaridad no uniforme», en *La Ley*, 2001 (núm. 5429), pp. 1-16; BELUCHE RINCON, I., *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002 (tomada de internet http://www.tirantonline.com/DFRC_1001.htm); elogiando el anterior trabajo citado, PANTALEÓN PRIETO, F., en su apocalíptico trabajo «Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del “fiador hipotecario”», en *La Ley*, 2002 (núm. 5537), pp. 1-5; mucho más moderada y acertada es CARPI MARTÍN, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002; y a todos ellos se une hoy INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 170 ss. Ya, antes que todos ellos, insinuaron tal idea autores como DE LA RICA (en su conferencia tomada por Núñez Lagos), «La obligación personal y la responsabilidad en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, 1947, I, p. 71; PUIG PEÑA (en su *Manual*, t. III-2.º, p. 40); o, en un trabajo conjunto, ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, «Responsabilidad por débito ajeno», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, pp. 183 y 190, mas sin llevar su opinión a sus últimas consecuencias, como en cambio sí lo hace la doctrina patria más reciente, antes referida. Tal vez el germen de esta más radicalizada postura se encuentre en lo que en su día mantuvo, y aún mantiene hoy a pesar de las muchas críticas recibidas, DIEZ-PICAZO, quien, partiendo de la inseparabilidad existente entre débito y responsabilidad, entendió, y sigue entendiendo, que «el constituyente de la garantía –real– es un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía». Así lo decía en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. 1978, p. 343, y todavía mantiene tal frase en su 5.ª ed., t. II, 1996, p. 80. Aunque esta explicación fue sostenida antaño y aún hoy por algunos, muy pocos ya (vgr., FELIU REY, pp. 3 y 4), otros autores, los más, la corrigen, considerando, con más razón, que mientras el fiador en sentido estricto es garante personal, pues asume una deuda y responde de ella con todo su patrimonio (cfr., arts. 1822 y 1911 CC, entre otros), el hipotecante por deuda ajena, en cambio, es garante real, pues no se convierte en deudor, es extraño a la deuda garantizada (cfr., art. 1857.II CC), y sólo responde de la deuda ajena limitadamente y *ob rem*, con el bien hipotecado.

³ Con posturas más o menos radicales, y con sentido figurado o más sustancial, según se irá viendo, BAUDRY-LACANTINERIE (y CHAUVEAU, t. 26-II, pp. 406 y 407), apoyándose en ABBY Y RAU, SOULIE, J., *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, Tesis doctoral, Toulouse, 1913; y, más recientemente, GRUA, F., «Le cautionnement réel», en *Juris-Classeur Périodique*, 1984, núm. 34; MESTRE, J. (y otros –PUTMAN, E., y BILLIAU, M.–, I, pp. 8, 9, y II, p. 7 ss.); CABRILLAC, M., y MOULY, C. (*Droit des sûretés*, 4.ª ed., París, 1997, pp. 272 y 273); SIMLER, P., y DELEBECQUE, P. (*Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3.ª ed., París, 2000 pp. 21 ss. y 273).

⁴ Aunque se otorgue el mérito de ser el pionero a GORLA, G. (*Pegno e ipoteca. Garanzie reali delle obbligazioni*, Milán, 1935, pp. 98 ss., 102 y 103; y más directamente

Ya en nuestro anterior estudio sobre la hipoteca (*Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 392-396, 405 y 406), dimos cuenta crítica, aunque como cuestión colateral, de aquella tesis sobre el «fiador real». Habiéndose sin embargo regurgitado la misma con más brío y numerosos partidarios, y manteniendo, en cambio, nosotros la misma posición contraria anterior, creemos justificado retomar la cuestión, ahora como objeto específico de estudio.

Ante todo, en lo puramente terminológico, la expresión «fiador real» repugna al rigor científico⁵. Es una expresión híbrida, una *contradictio in terminis* perturbadora de categorías clásicas admitidas por todos, como, sobre todo, la de la tradicional distinción entre derechos reales y personales, y, por extensión, la de la división entre cargas reales y personales, entre garantías reales y personales... Si mientras que el fiador debe y responde, el tercero hipotecante –veremos– no debe ni responde, ¿por qué llamarlo «fiador real» cuando se trata simple y llanamente de un hipotecante no deudor? Precisamente ésta, la de «hipotecante no deudor», propuesta hace mucho por Sanz Fernández (nota 31, pp. 448 y 449) en consonancia con el artículo 1857.II CC, es la expresión que finalmente se ha consagrado en nuestro Derecho: antes en el artículo 131.7.^a LH (tras su reforma por ley de 14/5/1981), aunque hoy derogado por la nueva LEC, en la que, no obstante, también se habla de «hipotecante no deudor» (arts. 683.1, 685.1, 686 LEC)⁶. Bien es verdad que parte de «culpa» de la expresión «fiador real» corresponde a nuestro legislador, mas sólo si se atiende a la letra, no siempre técnica, ni precisa, de la ley. Refiérase esa «culpa»,

en *Terzo datore e terzo possessore nell'ipoteca*, en Foro di Libardia, 1935, I, pp. 506 ss.), son también destacables CHIRONI, G. P. (*Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I: *Parte Generale*, Turín, 1917, p. 3, y vol. II: *Parte Speciale*, Turín, 1918, pp. 526 y 527); CICU, A. [*Diritto Civile. Sull'ipoteca (Lezioni)*], Bolonia, 1929, pp. 281 ss.), quien defendía la aplicación al tercero hipotecante de todas las normas de la fianza; y luego, entre otros, PALUMBO, F. (*La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, 1937); BARBIERI, D. (*Il terzo datore di ipoteca*, en *Rivista di Diritto Ipotecario*, 1971, pp. 30, 31 y 57); RUBINO, D. (*La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Turín, 1952, pp. 221 y 222); CILENTO (*Sulla figura giuridica del terzo datore di ipoteca per debito altrui*, en *Mov. Giur.*, 1991, pp. 183 ss.).

⁵ Para DE PAGE, H. (*Traité élémentaire de Droit Civil Belge, t. 6: Les biens. Les sûretés*, Bruselas, 1957, p. 794) la expresión «caution réel» es «imaginaire» y «regrettable parce que contradictoire»; para DAGOT, M. (*Les sûretés*, París, 1981, pp. 29 ss.) es una expresión tramposa. Entre los nuestros, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (pp. 297 y 298), decía que hablar de «fianza real» es hablar «con un significado amplísimo al margen del rigor científico».

⁶ Por su parte, de «terzo datore» de hipoteca habla hoy el *Codice* (arts. 2868 ss.), y de «hipoteca constituida por terceiro» habla el CC portugués vigente (vgr., art. 717). Para un estudio de esta figura en el Derecho portugués, SOUSA, M. F., *Concessão de hipoteca por terceiro*, Coimbra, 1943; y SERRA, A., «Fianza y figuras analogas», en *Boletim do Ministério da Justiça*, 1957.

latísima desde luego, a expresiones legales como la de «*fianza hipotecaria*» que usan, entre otros, los artículos 168.4, 192 LH, 268 RH (sobre hipoteca legal por razón de tutela). Pero, como de todos es sabido, ¡en cuántas ocasiones más emplea la norma el vocablo «*fianza*» en sentido amplio, como equivalente a garantía en general, o incluso en sentido impropio, para referirse a otra garantía, diversa de la estricta, verdadera y única fianza de los artículos 1822 ss CC! Lo hace nuestro Derecho en muchísimas ocasiones: cfr., sobre el sentido lato de «*fianza*», el artículo 25 Reglamento Notarial, o los artículos 167, 260 y 261, 491 ss, 522, 803, 1050, 1922.3.º CC; y sobre el sentido impropio, cfr., sobre todo, el artículo 36 LAU-1995 y, su precedente, el 105 LAU-1964 (que regula, en verdad, una prenda irregular –de dinero–). En todas esas, y otras, normas la palabra «*fianza*» debe entenderse como «*garantía*», cualquiera que sea su naturaleza –real o personal–⁷, sin con-

⁷ BELUCHE (cit.), al referirse a los artículos 25 RNotarial, 168.4, 192 LH y 268 RH, me atribuye (en nota 102) ser el único que así opina, como en efecto así opiné en mi obra *Derecho o carga real*:..., pp. 395 y 396, al destacar el doble sentido –amplio y estricto– en que nuestro Derecho emplea la palabra «*fianza*». No merezco tal honor, pues al afirmarlo no hice sino recordar lo que constituye lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia (véanse las SSTs de 9 de julio de 1929 y 26 de mayo de 1956), incluyendo a los propios partidarios del «fiador real», cuya sola cita sería cansina. Tal empleo, a veces amplio y a veces impropio, de la palabra «*fianza*» no es, además, exclusivo de nuestro actual Derecho. Ya sucedió, sin rasgamiento de las vestiduras, en nuestro Derecho histórico. Ya don Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1875, pp. 33 y 34) decía: «El nombre de fiador es genérico, dice López; pero en el sentido de esta Ley –1.ª, tít. 12, p.ª 5.ª, que definía la fianza– es específico». Y, en efecto, sobre tal ley, ya nos decía GREGORIO LÓPEZ, en su Glosa (1) a «fiador»: «*Nomen fidejussoris generalis est, ut contineat etiam mandatorem, constitutorem, expromissorem, et sponsores, secundum Azon...; sed ista lex diffinit, prout in specie accipitur fidejussor*». Y según PETIT, C. (*Fiadores y fianzas en Derecho Romano visigodo*, Sevilla, 1983), también en el Derecho romano-visigodo se empleó la expresión «*fideiussio*» en sentido amplio en textos como el Breviario de Alarico, el *Codex Euricianus* y el *Liber Visigothorum*. Así también sucedió mucho más tarde en otros Códigos europeos, siendo destacable al respecto, por su incidencia en otros Códigos, como el nuestro, el *Code*; en él (como entre nosotros también sucede en la LEC, y también, vgr., en art. 167 CC), en muchas ocasiones se habla de «*caution*» o de «*cautionnement*», tanto en sentido propio, como en sentido amplio, probablemente, como explican TROPLONG (p. 4) y BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 482), porque así también se empleó tradicionalmente tal expresión por influencia del Derecho Romano (*cautio* de *cavere*, *cautum*), donde, no obstante el empleo de aquella expresión, también hubo muestras de que la «caución» podía ser personal o real, y sin que por ello se confundiera la fianza en sentido estricto con la hipoteca, ni con la prenda (de modo similar a los artículos 260 y 1855 CC, puede verse, D. 20, 6, 5, § 2, de Marciano, D 20, 6, 6, de Ulpiano, y D. 20, 6, 14, de Labeón, entre otros). Ya los romanos decían: «*plus est cautionis in re quam in persona*» (D. 50, 17, 23, de Pomponio). De ahí que no sea del todo criticable, al menos en lo terminológico, que muchos juristas franceses hablen del hipotecante no deudor y de la hipoteca por deuda ajena como «*caution réel*» o como «*cautionnement réel*», pues son expresiones equivalentes a «*garante real*» o a «*garantía real*», aunque, seguramente, como decían TROPLONG (pp. 49 y 50) y en parte LAURENT, F. (*Principes de Droit Civil*, Bruselas, 1878, t. 30, pp. 431 y 432), sea más correcto hablar de «*sûreté (réel o personnel)*», como hoy hacen muchos juristas galos para evitar equívocos en general; pues no sólo sirve tal vocablo para diferenciar a la hipoteca de la fianza, sino también para diferenciar ambas garantías específicas de la garantía genérica de la respon-

fundir por ello las garantías reales con las personales (cfr., entre otros, los arts. 522, 1855 CC, 269.6.º RH, 538.2.2.º y 3.º LEC)⁸.

Más allá de la precisión lingüística, en lo sustancial la premisa fundamental para admitir o negar que el hipotecante por deuda ajena sea un «fiador real» y que, por ende, se le aplique el régimen de la fianza, radica, como ha dicho con insistencia nuestro TS⁹, en determinar la naturaleza jurídica de esta figura.

Al respecto, dejando al margen posiciones extremas hoy ya superadas, curiosamente, tanto los partidarios del «fiador real» como sus detractores coinciden en precisar la distinta naturaleza jurídica de ambas formas de garantía: la fianza es una garantía personal, en cuya virtud el fiador se convierte en deudor, asume una deuda propia *per relationem*, en garantía de una deuda ajena, de cuyo cumplimiento responde con todo su patrimonio como cualquier deudor *ex* artículos 1822 y 1911 CC, sin que el acreedor goce de reipersecutoriedad ni de preferencia en el cobro en la posible ejecución del patrimonio del fiador, lo que a la postre no elimina, por tanto, los riesgos de cualquier crédito, cuales son el concurso de acreedores por asunción de nuevas deudas, que se rige por la *par conditio creditorum*, por un lado, y la posible insolvencia del fiador por la enajenación no fraudulenta de sus bienes, por otro. En cambio, la hipoteca es una garantía real, en cuya virtud el hipotecante, por el solo hecho de la hipoteca, no se convierte en deudor (*vid.* 1857.II CC)¹⁰, pero responde –se dice– limitadamente y *propter rem* con el bien hipotecado, y para cuya ejecución el acreedor goza de reipersecutoriedad y de preferencia en el cobro, eliminando así aquellos riesgos arriba citados (cfr., arts. 1876 CC, 104 LH,...).

sabilidad patrimonial universal del deudor que los franceses llaman «*droit de gage générale*» (la de nuestro art. 1911 CC). *Vid.*, por todos, DAGOT (pp. 29-32, 66-68 y 460). Pero entre nosotros, al importarse aquellas expresiones sin más, sin atender a la diferencia del idioma, ni a la diferencia de naturaleza jurídica que hay entre hipoteca y fianza, se llega a lo que se ha llegado.

⁸ El 522 CC que habla de «*fianza o hipoteca*», o el artículo 269.6.º RH, que diferencia «*hipoteca, prenda o fianza personal*», de modo que, por razón de tutela, puede establecerse una garantía hipotecaria, o bien pignoratícia, o bien una verdadera fianza (cfr., arts. 260 y 261 CC); una distinción que también evidencia el artículo 1855 CC, sobre fianza legal y judicial, al disponer que «*si el obligado a dar fianza... no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda o hipoteca, que se estime bastante para cubrir su obligación*». Se admitirá, dice, «*en su lugar*», o sea, en sustitución de la fianza, una prenda o una hipoteca, lo que demuestra la diferencia que entre ellas, como formas de garantía, existe. A tales normas puede agregarse hoy la LEC que se refiere expresamente al «*hipotecante no deudor*» (arts. *supra* citados) como diverso del «*fiador*» –y del «*tercer poseedor*»– (art. 538.2.2.º y 3.º LEC).

⁹ En sus SSTs de 6 de octubre de 1995 y de 23 de marzo de 2000, entre otras.

¹⁰ Así ya lo defendíamos, refiriéndonos al tercero hipotecante y al tercer poseedor y mostrándonos contrarios a las diversas tesis obligacionistas de la hipoteca, en nuestra obra *Derecho o carga real...*, pp. 373-400 y 445-453, con cita de autores y razones a los que nos remitimos.

Para quienes, como nuestro TS, niegan la calificación del hipotecante por deuda ajena como «fiador real», les basta con la diferencia de naturaleza apuntada. Y así, incluso, debería bastar, si no fuera porque para los adeptos del «fiador real» tal distinción no es bastante para negar su tesis: por un lado, aceptada la diversa *natura iuris*, se centran en las semejanzas, en efecto, existentes entre hipoteca y fianza, sobre todo en el hecho de ser ambas por igual formas de garantía específica (de analogía y de identidad funcional, causal o teleológica, se habla) caracterizadas por su «ajeneidad» (por ser garantías de una deuda ajena, prestadas por un tercero) y por su accesoriedad; y, por otro lado, aun admitida la distinta naturaleza jurídica, dado que el fiador debe y responde ilimitadamente, con todo su patrimonio, y que el tercero hipotecante no debe, pero responde limitadamente, con el bien hipotecado, se concluye diciendo que entre fianza e hipoteca dada por tercero sólo existe una diferencia de medida, de técnica garantística, o de eficacia, pues ambas garantías implican responsabilidad, aunque de diverso alcance o extensión¹¹. A la vista de tales diferencia –única, de naturaleza– y semejanzas –varias–, en una posición más moderada, y hoy más común, dentro de la tesis *pro* «fiador real» muchos afirman que no todas las normas sobre fianza son aplicables al hipotecante no deudor: no lo serán, dicen, aquellas que sean incompatibles, bien con las normas imperativas y específicas de la hipoteca, bien con su naturaleza jurídico-real, siendo sólo aplicables por analogía aquellas otras normas de la fianza que se sustenten en lo que de común ésta tiene con la hipoteca dada por tercero: en la ajeneidad y en la accesoriedad de la garantía, añadiendo algunos, como efecto de tal accesoriedad, la aplicabilidad de las normas inspiradas en el *favor fideiussoris* para así proteger también al «fiador real»¹². Sólo así,

¹¹ Ya en Italia, GORLA (1935, p. 100) decía que «la differenza sta soltanto nella misura e nei modi della responsabilità». Y así también, DE RUGGIERO (II, p. 508), RAVAZZONI, A. («Terzo datore d'ipoteca e fideiussore», en *GI*, 1958, pp. 469 ss.). En Francia, MESTRE (y otros, I, pp. 8 y 9). Entre los nuestros, ROCA y PUIG BRUTAU (pp. 183 y 190); AZPITARTE (pp. 71 ss.); CORDERO (pp. 244, 246, 248 y 249); BELUCHE (pp. 1-3 y 9-11); con ella, su maestro PANTALEÓN (pp. 1-4); CARRASCO PERERA (y otros –CORDERO LOBATO y MARIN LOPEZ–: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, pp. 478-481); CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 79); CARPI (pp. 23, 24, 27, 28, 85 y 86); INFANTE (p. 176).

¹² Así ya hace mucho que lo defendía CHIRONI (I, p. 3, y II, pp. 526 y 527), a quien sigue, en Italia, GORLA, G. (*Del pegno. Delle ipoteche*, en *Commentario del Codice Civile*, a cargo de A. Scialoja y G. Branca, 3.^a ed., Bolonia, 1985, pp. 390-392 y 394); FRAGALI, M. [voz: *Ipoteca (Diritto Privato)*, en ED, XXII, pp. 777 y 778]; RUBINO (1952, pp. 221, 222, 473 y 474); BARBIERI (pp. 30 y 31); BOERO, P. (*Le ipoteche*, Turín, 1984, p. 672). En Francia, SOULIE, seguido por MESTRE (y otros, II, pp. 7 ss.); CABRILLAC y MOULY (pp. 272 y 273). Y en España, AZPITARTE (pp. 65 y 71 ss.), con el añadido del *favor fideiussoris*; CORDERO (pp. 244, 246, 248 y 249); BELUCHE (pp. 1-3 y 9-11), que en este punto segunda bastante la exposición del francés Mestre en la necesidad de proteger al «fiador real»; con ella, su maestro PANTALEÓN (p. 4), insistiendo una y otra vez en la necesidad de proteger

concluye esta tesis «suave», se colma la ausencia de un régimen legal específico sobre la hipoteca por deuda ajena, apenas mencionada en algunas normas (del CC, LH y LEC arriba citadas), y se consigue mediante el recurso analógico un régimen similar al que expresamente contienen otros Códigos (como, en parte, el BGB, y, sobre todo, el italiano de 1942 y el portugués de 1966) sobre el hipotecante no deudor y cuya similitud con el del fiador es, desde luego, innegable, pues en el régimen de la fianza se inspiraron aquellos Códigos para zanjar la añeja discusión sobre la aplicación por analogía de sus normas al «fiador real».

Vistas todas estas razones *in totum* tal vez pudiera convencer la tesis sustentada, pero vistas por separado...

Lo de la ajeneidad de la obligación garantizada en ambas figuras como razón de su analogía decae por sí solo: en la hipoteca es dato coyuntural, no esencial ni estructural, pues cabe, siendo además lo más usual, que la hipoteca sea constituida por el propio deudor; en la fianza, en cambio, aquel dato es esencial, estructural, pues nadie puede ser fiador de sí mismo (*ex arts. 1193 y 1822 CC*), ya que ello nada añadiría en garantía del crédito¹³. Como razón mayor, añádase que —como se verá a lo largo de todo este trabajo— ninguna norma de la fianza se explica aisladamente por la ajeneidad de la garantía, sino porque la garantía de lo ajeno es de naturaleza personal y accesorio.

Lo de la accesoriedad, por su parte, es rasgo, sin duda, estructural y esencial tanto en la hipoteca como en la fianza, al margen de aquellos casos en que supuestamente aquel rasgo se suaviza o incluso, según algunos, quiebra y al margen de que la hipoteca, a diferencia de la fianza, no sea puro accesorio, por incidir en el régimen de la deuda garantida¹⁴. Mas aun admitiendo incluso la accesoriedad como rasgo totalmente común entre fianza e hipoteca, tampoco será necesario —como veremos en el epígrafe II.1— acudir

al «fiador hipotecario» como a cualquier fiador, pues de lo contrario más valdría, dice, considerar a aquél como deudor y responsable; CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 80); CARPI (pp. 23, 24, 27, 28, 86 y 87); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 478-481), también añadiendo éste lo del *favor fidejussoris*; e INFANTE (pp. 176 ss.).

¹³ Así lo advierte, como crítica a la figura del «fiador real», TROPLONG (T. 17, pp. 45 y 46).

¹⁴ El propio CHIRONI (pp. 86 ss.), defensor del «fiador real», dice que las garantías personales son más accesorias que las reales. Como decíamos en nuestro anterior trabajo (sobre *la naturaleza jurídica de la hipoteca*, pp. 357-365), apoyados sobre todo en LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, p. 15, entre otras), que la hipoteca sea funcional y estructuralmente accesorio del crédito que asegura no impide que la hipoteca incida en el propio crédito vigorizándolo en cuanto a su posible satisfacción, erigiéndolo en crédito hipotecario, en crédito real, y atrayéndolo, a veces y en algunos de sus aspectos, al régimen jurídico del Derecho de cosas. Se produce entre ambos, crédito e hipoteca, una unión simbiótica con una mutua repercusión que no tiene parangón en el crédito afianzado.

por analogía a las normas de la fianza que se fundan en su sólo accesoriadad para deducir que también para la hipoteca rige el principio *accessorium sequitur principale*, máxime cuando –como también veremos– muchas de aquellas normas sobre fianza atienden a la naturaleza de lo accesorio, esto es, a la *natura iuris* crediticia de la fianza¹⁵.

Que tanto la hipoteca dada por tercero como la fianza tengan, pues, en común el ser ambas garantías ajenas y accesorias del crédito es algo evidente. Pero, ¿justifican por sí solos esos rasgos comunes la analogía entre ambas, la aplicación analógica de las normas de fianza a la hipoteca dada por tercero? También los derechos reales y los de crédito en general tienen en común el ser derechos patrimoniales, o, más en concreto, también los derechos de usufructo y de arrendamiento tienen en común el atribuir el uso de la cosa,... Y, ¿acaso justifican por sí sólo tales rasgos comunes la analogía? Esos rasgos comunes (el ser derechos patrimoniales, de uso,...) justifican la comparación, la confrontación, pero no la similitud. Ahí están la inmediatez de poder *in re* de unos frente a la mediatividad de otros, la absolutividad frente a la relatividad en su eficacia,... datos distintivos éstos que se fundamentan, precisamente, en la diversa naturaleza jurídica de unos y otros y que justifican, a su vez, su diverso régimen jurídico (en cuanto a su adquisición, transmisión, extinción,...). Habrá quien, siendo partidario del «fiador real», diga que la hipoteca y la fianza son análogas por ser las «especies de un mismo género» o las «ramas de un mismo tronco»¹⁶. Sí, del mismo tronco o género por ser garantías, pero especies y ramas distintas, de diversa naturaleza¹⁷ y, por ende, de diverso régimen como lo son los derechos reales y los personales, en general, o el usufructo y el arrendamiento en particular. Aquellas frases entrecomilladas, pues, no justifican, sino que impiden la analogía, por la diversa naturaleza que ambas garantías presentan. Lo de «fianza real», por tanto, no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión *contra naturam* de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real. ¿Por qué confundir, o unir,

¹⁵ Precisamente el que la fianza y la hipoteca, como la prenda y la anticresis, sean garantías accesorias es lo que justifica que nuestro CC, y antes nuestras Partidas, las regule de forma consecutiva, aunque separada, precisamente porque mientras la fianza es garantía personal, la hipoteca, y también la prenda y la anticresis, son garantías reales. Así lo advertimos en nuestra obra sobre hipoteca (pp. 298 y 299). Desechado quede, pues, también el criterio sistemático para apoyar la figura del «fiador real».

¹⁶ Así, AZPITARTE CAMY (pp. 71 ss.).

¹⁷ Así lo destacan para negar lo del «fiador real», DE ROVIRA (NEJ, p. 691); GUILARTE ZAPATERO (en Comentarios al CC de Edersa, p. 360); CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 78 y 80); y así incluso CARPI (pp. 67 ss.).

dos figuras netamente distintas? ¿Acaso también sólo existe una simple diferencia de medida y, por ende, son confundibles o fusionables en su naturaleza y régimen, los derechos reales y los de crédito, el usufructo y el arrendamiento,...? Incluso en esa distinción más discutida que existe entre el arrendamiento y el usufructo, a nadie se le ha ocurrido decir que el inquilino es un «usufructuario personal», o que el arrendamiento es un «usufructo obligacional». Porque aunque ambos, arrendamiento y usufructo, sean derechos patrimoniales de goce, el uno es de naturaleza personal y el otro de naturaleza real. La diferencia es radical, esencial; y así es aunque a veces haya coincidencia de régimen legal entre ellos (vgr., arts. 1573 CC y 1.6 LAT), que la habrá por voluntad clara y expresa del legislador, lo cual no sucede con la hipoteca y la fianza, precisamente por ser aquél consciente de la diferencia de naturaleza jurídica, que siempre ha de respetarse y que justifica la diferencia en lo restante del régimen jurídico de ambos derechos¹⁸.

Atendida, precisamente, la naturaleza jurídica de las cosas, resulta inadecuado decir que la hipoteca genera una responsabilidad limitada, pues el paso «lógico» siguiente es acercarla a la responsabilidad, ésta sí, del fiador. Este es, creemos, uno de los peligros que se corren al definir pasivamente la hipoteca como estricta responsabilidad patrimonial, aunque sea apellidándola de real, objetiva, *ob rem* o *intra rem*, limitada,...¹⁹ Bien es verdad que aquí también la propia dicción literal del Derecho puede llevar a tales expresiones, pero ya en nuestra anterior obra (*Derecho o carga real...*, pp. 375-379 y 406-422) lo denunciábamos como perturbadora imprecisión sustancial y nominal, que confunde la hipoteca, como carga real, y la estricta responsabilidad patrimonial, que sólo es la del artículo 1911 CC. No teniendo que añadir al respecto nada nuevo a lo que ya dijimos en aquella obra, basta aquí, a continuación, su síntesis:

Cierto que la hipoteca en su origen romano constituía una hipótesis de *obligatio rei*, junto a la *obligatio personae*, de vinculación o responsabilidad de una cosa en garantía del *debitum*; pero hoy día, la idea de *obligatio rei*, separada de la genuina *obligatio bonorum* que de hecho ha quedado como *obligatio* a secas,

¹⁸ Sobre ese artículo 1.6 LAT, nos remitimos a nuestro trabajo: *El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad*, en *ADC*, 2003, pp. 487-597. Y acerca de la naturaleza personal del arrendamiento, y su distinción del usufructo, puede verse, amén del citado artículo anterior, nuestro *Derecho o carga real, cit.*, pp. 131-139 y 279-290.

¹⁹ Para una exposición detallada de esta doctrina, que es hoy mayoritaria, puede verse nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 401-406, sobre todo, con autores y razones allí expuestos.

no es sino mera expresión lingüística figurada que, aun habiendo sido empleada en nuestros textos históricos y actualmente en las normas hipotecarias, ha dejado de ser el concepto técnico que en su inicio fue. La responsabilidad, como estricta noción jurídico-técnica de garantía, queda hoy referida a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, con la cual, salvada la excepción del artículo 140 LH (que siempre es hipoteca del propio deudor)²⁰, convive la hipoteca sin alterarla (art. 105 LH). La hipoteca, a diferencia de la responsabilidad *stricto sensu*, es una forma de garantía real y específica (no genérica e inconcreta en su objeto como la responsabilidad patrimonial) que *ab initio* afecta y sujeta un bien predeterminado que se sustrae de aquella indeterminada garantía (especialidad); es una garantía, la hipotecaria, que por adherirse al objeto gravado como la sombra al cuerpo (inherencia real), sigue al inmueble hipotecado cualquiera que sea su dueño y aunque haya salido del patrimonio del hipotecante (arts. 1876 CC y 104 LH), otorgándole al crédito hipotecario preferencia o prioridad en el cobro frente a los demás acreedores que concurren en el procedimiento ejecutivo; una garantía real, en fin, que permite unas medidas de conservación (la acción de devastación) y de ejecución (la acción hipotecaria) objetiva y eficazmente más enérgicas que las que proporciona aquella garantía general, y que supone para el titular del bien hipotecado una serie de límites *ob rem* en su poder *in re* que no existen en virtud de la responsabilidad patrimonial del 1911 CC. Son, pues, tantas las diferencias existentes entre la responsabilidad y la hipoteca que no puede concluirse admitiendo entre ellas una simple diversidad de medida y calificando la hipoteca como mera modalidad de responsabilidad. Si bien ambas son situaciones jurídicas pasivas de sujeción patrimonial garantística –que es el género, el tronco–, implican dos especies –o dos ramas– que difieren en su propia esencia, en su naturaleza intrínseca, especialmente porque la garantía real hipotecaria, a diferencia de la garantía general del 1911 CC, es una carga real (idea ésta que ya desarrollamos en nuestra obra, pp. 445-455 sobre todo, a las que también nos remitimos).

Esta distinción entre hipoteca y responsabilidad es, de hecho, empleada ya hoy por algunos para diferenciar al fiador del hipotecante no deudor, diciéndose de éste que no debe, ni responde, sino que se encuentra sujeto, sometido a la carga real hipotecaria²¹. Tal

²⁰ La STS de 6 de octubre de 1995, sobre un caso de hipoteca por deuda ajena, niega que «haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 –LH– no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105» de la misma LH.

²¹ Así, LACRUZ (anotado por LUNA SERRANO, III-2.º, p. 199); RUBIO GARRIDO [en *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)*], Madrid, 1994, p. 271, nota 156, y en *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Granada, 2002, p. 248; en ambas criticando ácidamente a Díez-Picazo y, en menor medida, a Guilarte Zapatero); últimamente, CARPI (pp. 78 ss., citándonos en nota 102, p. 79). Y ya mucho antes, Q.M.S (pp. 297 y 298); y, en Italia, MONTEL (pp. 171 y 241).

distinción será estimada por algún partidario del «fiador real» como sutileza inútil en la práctica²². Si por sutileza se entiende la precisión, la agudeza o la finura, ninguna objeción ha de hacerse a tal estimación, ni siquiera aunque haya sido empleada, como parece, con tono peyorativo, pues más vale la sutileza que cualquiera de sus antónimos. Pero total desacuerdo mostramos a lo de su inutilidad práctica; la utilidad de tal sutileza es evitar la grosera aplicación, sustentada en una imaginaria analogía, de las normas de la fianza a la hipoteca por deuda ajena. Todo por ver entre la hipoteca y la fianza una simple diferencia de medida, cuando en verdad es de esencia y radical, de raíz²³. Confundir, fusionar hipoteca y fianza es como intentar la disolución de agua y aceite, líquidos ambos por naturaleza inmiscibles.

Y que no se justifique tal alquimia so pretexto de colmar un vacío legal. También en el Derecho Romano o en nuestras Partidas apenas se mencionaba la figura del hipotecante por deuda ajena sin que ello provocara la necesidad de un régimen singular para tal figura, ni mucho menos para equiparla al fiador²⁴. De admitir, incluso, la existencia de una laguna legal y su solución mediante el recurso analógico a las normas sobre la fianza, los errores teóricos y los riesgos prácticos se multiplican:

Por un lado, ¿acaso no se ve que con ello se va a proteger en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de *favor pigeneratoris*, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario? No se olvide que el acreedor hipotecario mira a la cosa hipotecada como garantía, importándole poco, o nada, quién sea su dueño. Ya los romanos decían: «*plus est cautionis in re quam in persona*» (D. 50, 17, 23, de Pomponio). Mucho más tarde insistirá en idéntica idea la Exposición de Motivos de la LH-1861, cuando dice:

«Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta

²² Así, literalmente, PANTALEÓN (p. 1). Ya antes, AZPITARTE (p. 65) dijo que los que niegan la analogía entre el fiador y el tercero hipotecante sostienen una tesis «conceptuosa –sic– y prácticamente estéril».

²³ Como crítica a la denominada «fianza real», TROPLONG (t. 17, p. 45), hablaba de una «différence profonde» entre hipoteca y fianza; de distinción radical y esencial, hablan LAURENT (t. 28, pp. 160 y 161, t. 30, pp. 431 y 432); DAGOT (p. 66); y, en España, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (*Derechos reales. Derecho Hipotecario. II: Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3.ª ed., Madrid, 1999, pp. 122 y 123).

²⁴ «*Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena*», decían muchos textos romanos (vgr., D. 20.1.26; 22.3.23; 20.7.16.1,...), siendo la única

con hipoteca, mas bien que á la persona; puede decirse que presta á la cosa: el valor de la finca hipotecada es la causa porque entra en la obligacion: el deudor es solo el representante de la propiedad; al prestamista nada le interesan el crédito, el estado de fortuna, las cualidades morales de la persona á quien da su dinero, porque para nada las tiene en cuenta; lo que le importa es que la finca baste a reintegrarle en su día de lo que dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto á sus vicisitudes; lo que importa al acreedor es que la hipoteca no desaparezca: adherido, por el contrario, su crédito á la finca, no se altera por la pérdida del crédito personal de su dueño. El crédito territorial así queda suficientemente garantido... Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad».

En idéntica línea, reforzándola incluso, se mantendrán luego las siguientes normas y reformas hipotecarias para fomentar el crédito territorial, lo cual no se consigue sino con una hipoteca fuerte y vigorosa. Ahí está, *a.e.*, el progresivo reforzamiento y agilización de la ejecución hipotecaria desde la LH-1909 hasta la actual LEC (cfr., el ap. XVII, párrafo 2.º de su Preámbulo). Y así es por no hablar también, como muestra del vigor de la hipoteca, del derecho a la ejecución separada impuesto en la LEC y, aunque atemperado, en la Ley Concursal,... Razones de economía general en este mundo neoliberal, guste o no, lo imponen (y así lo veremos en diversos epígrafes del presente trabajo).

Y, por otro lado, ¿no es revelador que en los Códigos extranjeros vigentes que se citan (italiano, portugués,...) se haya tenido que dar solución expresa y directa a la «cuestión» creando *ex professo* normas nuevas a imagen y semejanza de las del fiador para aplicarlas específicamente al hipotecante por deuda ajena? Al margen, por ahora, de que ello haya sido acertado o desacertado –como creemos y luego veremos (a salvo el 1852, y, tal vez por extensión, el 1844)–, ¿acaso no podría demostrar tal reconocimiento legal específico que de suyo no cabe aplicar por analogía el régimen de la fianza a la hipoteca por débito ajeno? En esta ocasión, pues, el dato de Derecho comparado no debe ser concluyente en ningún sentido por ser arma de doble filo. Pero incluso de admitirse que tales normas extranjeras se han plgado acerta-

preocupación en todos ellos que el hipotecante por deuda ajena consintiera (expresa o tácitamente) tal hipoteca. Y en la Ley 9, tít. 13, P. 5.^a se decía: «Puede empeñarse la cosa ajena, si el dueño consiente». Así también se observa, en parte, hoy en los artículos 1857 CC y 138 LH.

damente a la innegable analogía que previamente a ellas ya existía, ¿por qué no también admitir la aplicación analógica de las normas de la hipoteca a la fianza? ¿O acaso el régimen de los artículos 1822 ss CC es para toda garantía en general? ¿Para qué, entonces, sirve el consecutivo régimen de las garantías reales *ex* artículos 1857 ss CC? Y se admita o no esa recíproca analogía, ¿acaso no debe haber diferencia de trato, de régimen, si una misma persona sale como fiador e hipoteca además un bien suyo en garantía de la misma deuda ajena que afianza? ¿O acaso, ya como fiador, ya como hipotecante, se le van a aplicar idénticas reglas?²⁵ Innecesario es responder a estas cuestiones, cuya indicación se hace aquí con la intención de llevar a la *reductio ad absurdum* aquella tesis *light* del «fiador real», porque, aun aceptando sus condiciones para el recurso a la analogía, a la postre ninguna norma sobre fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o con la naturaleza propia de la hipoteca, ora por su innecesariedad, ora por su excepcionalidad, ora por todas estas razones dichas conjuntamente. Todo porque, en el fondo, no hay laguna legal que integrar. He aquí, pues, que la tesis del «fiador real», amén de perturbadora y contradictoria en lo teórico, sea inconducente en lo práctico. Veámoslo.

II. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INNECESARIEDAD

No son pocas las normas sobre fianza que resultan inaplicables al tercero hipotecante por su innecesariedad; y en gran parte ello es así, sin que deba sorprender, por la propia innecesariedad de algunas de tales normas, incluso para la fianza, residiendo su única virtualidad en ser normas tributarias del pasado, para aceptarlo sin más, para matizarlo o para «corregirlo» conforme a las nuevas reglas generales del CC, y así zanjar viejas disputas.

²⁵ Así plantean tal hipótesis para negar lo del «fiador real», LAURENT (t. 28, p. 172); DE PAGE (t. 6, pp. 656 y 826). Sobre tal hipótesis, en general, puede verse PETRUCCI, C., «Intorno alla figura del fideiussore che abbia garantito anche ipotecariamente l'obbligazione principale», en *GCiv*, 1958, I, pp. 382 ss. Téngase, además, en cuenta que en España, según JURADO JURADO, J. J. (*Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, 2001, pp. 102 y 107), hoy son muy frecuentes las hipotecas por deuda ajena, aunque por exigencias del Banco el hipotecante también se obliga como fiador solidario renunciando a los beneficios de excusión y división, lo que para este autor demuestra que el hipotecante y el fiador son figuras bien distintas.

1. NORMAS DE LA FIANZA FUNDADAS EN SU ACCESORIEDAD, Y OTRAS NORMAS COLATERALES: EN ESPECIAL, LOS ARTÍCULOS 1823 A 1826, 1835, 1841 Y LA PRIMERA PARTE DE LOS ARTÍCULOS 1847, 1853 Y 1975 CC

Por su innecesariedad resultan inaplicables al hipotecante no deudor, y a la hipoteca en general, aquellas normas de la fianza cuya *ratio* sea clara y aisladamente la accesoriidad (cfr., los arts. 1824.I, 1825 *in fine*, 1826, 1835, 1841, 1847, 1853 y 1975 CC, estos tres últimos en su primera parte)²⁶. Muy en conexión con esa primera parte de esos últimos preceptos citados están otros que también se explican por la accesoriidad, siendo por ello aplicables a toda garantía, cualquiera que sea su naturaleza, real o personal. Así sucede, vgr., con los artículos 1155, 1181, 1190, 1193, 1197, 1207 y 1208, 1302 CC (cfr., arts. 82 y 144 LH, 190 y 240 RH). Aunque la mayoría de tales preceptos hablen de «obligación accesoria», «subsidiaria» o incluso de «fianza», tales expresiones, una vez más, son latas, y estrictamente referidas, como ya nos aclaraba García Goyena, a cualquier garantía del crédito por fundarse aquellas normas en la accesoriidad de toda garantía, en que lo accesorio sigue a lo principal²⁷. Asimismo, para extraer y aplicar tal principio y sus consecuencias (las del *accessorium sequitur principale*) en la hipoteca no es

²⁶ Así incluso lo advierten algunos de los partidarios de la tesis de la «fianza real» como CORDERO (p. 249), a quien sigue CARPI (p. 137). No, en cambio, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 26-II, p. 392), refiriéndose al artículo 2012 *Code*, correlativo a nuestro artículo 1847 CC.

²⁷ Vid., por todos, GARCÍA GOYENA, F. (en sus *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, III*, Madrid, 1852, pp. 148, 149, 156, 157, 161, 171, y IV, pp. 168 y 339), refiriéndose al artículo 1115 Proyecto CC-1851 (antecedente del vigente art. 1181 CC, aunque éste no menciona el «derecho hipotecario» que aquél sí mencionaba), al artículo 1127 Proyecto CC-1851 (antecedente de nuestro art. 1197), al 1138 (predecesor del vigente art. 1207 CC), al 1143 (correspondiente al art. 1190 CC actual, aunque frente a éste aquél hablaba solamente de «fiadores»), al artículo 1158 (casi idéntico el actual art. 1193 CC), al artículo 1767 (íntegro en el actual 1853), y al artículo 1990 Proyecto CC-1851 (que se recoge en la primera parte del actual art. 1975 CC). Ya en Derecho Romano se decía: «En toda clase de liberación de las obligaciones quedan también liberadas las garantías accesorias, como los deudores adjuntos, las hipotecas y las prendas...» (D. 46.3.43, de Ulpiano, trad. A. D'Ors). Podría hacer pensar lo dicho en que, siendo innecesario aplicar al hipotecante no deudor las normas de la fianza fundadas en la accesoriidad, en cierto modo dichas normas en sí también resultan innecesarias para la propia fianza. Y así es en cierto modo. No están de más, pero tampoco se las añoraría si faltasen. Así lo dicen, refiriéndose al artículo 1824.I CC, GUILARTE ZAPATERO (p. 69); y, siguiéndole, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (*La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, p. 37). Como tampoco hoy se añora aquel artículo 1817 Proyecto de CC-1851 (muy similar al actual art. 1847 CC, que mantiene idéntica redacción a la del art. 1761 Proyecto-1851), sobre el cual decía LUZURIAGA (IV, p. 209): «Nada hay que decir para explicar y justificar lo dispuesto en este capítulo; la hipoteca debe cesar cuando cesa la obligación á que está afecta», pues, como decía GARCÍA GOYENA del precepto correlativo a la fianza (IV, p. 165): «Estinguida la obligación principal, no puede subsistir la fianza que es su accesoria»; y, en general, comentando el artículo 1772 Proyecto CC-1851, que definía la prenda, decía (III, pp. 172 y 173): «La prenda es, como la fianza, accesorio de otra obligación principal, y sufrirá como ella todas las consecuencias de este concepto».

necesario acudir a aquellas normas sobre fianza. Basta con las normas, más generales por referidas a cualquier garantía específica, contenidas en los artículos 1212, 1528 CC y con los artículos 1857.1.º y 1858 CC, entre otros, sobre garantías reales.

Mención especial y separada, por no sólo fundarse en la accesoriedad, merece el artículo 1835 CC, que también se explica por la eficacia relativa de los contratos *ex* artículo 1257 CC, por el famoso principio «*res inter alios acta tertio nec nocet nec favet*», a lo que se une el hecho de que en general toda transacción es de interpretación estrecha (cfr., arts. 1815.I, 1283 y 1713 CC). Lo dejaba bien claro García Goyena al comentar el artículo 1748 Proyecto CC-1851 (el actual 1835), «cuya equidad y justicia —decía— son evidentes por estar basados en los principios generales del Derecho», y al remitirse a lo comentado sobre los artículos 1722 y 1724 (sobre transacción, siendo éste reiterativo del 1748)²⁸, 1127 (el vigente 1197) y el 1138 (el vigente 1207); no se remitía a este último porque la transacción del 1748 (actual 1835) implicase siempre novación extintiva²⁹, sino porque al igual que aquellos otros preceptos se inspiraba en la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, y no al revés (lo que justifica el 1835.I CC). Siendo, por tanto, ese el doble fundamento del artículo 1835 CC³⁰, idéntica solución es predicable del hipotecante no deudor, mas no por aplicación analógica de dicha norma³¹, sino por aplicación directa de todas aquellas normas generales, sobre accesoriedad y sobre eficacia *inter partes* de los pactos, de las que se deduce esa doble razón³². Añádase, asimismo, que el principio de especialidad registral impide de suyo que sin más la transacción afecte a terceros, a personas que no intervienen en la transacción (cfr., arts. 20 y 144 LH, y 240 RH).

²⁸ Decía ese artículo 1724: «*Cuando haya fiador de las obligaciones sobre que se transige, se observará lo dispuesto en el artículo 1748*», remitiéndose, además, en su comentario (IV, p. 134) al artículo 1138 (sobre novación). Y a tener en cuenta era el artículo 1722: «*La transacción hecha por uno de los interesados, no perjudica ni aprovecha á los demas interesados*»; y en su comentario (IV, p. 133) decía GARCÍA GOYENA, «*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*», advirtiendo que «esto es común á todos los contratos: artículo 977», precedente del actual artículo 1257 CC.

²⁹ Lo creía, en cambio, MANRESA (XII, p. 272), aunque hoy la común opinión advierte que no es así necesariamente, pudiendo ser una novación meramente modificativa, pues para aquel otro caso, el de novación extintiva, bastaría con el artículo 1207 CC.

³⁰ Aluden, aislada o cumulativamente, a esa doble razón del artículo 1835, matices aparte, FALCÓN, M. (*Derecho civil español, Común y Foral*, Barcelona, 1901, p. 368), que habla de subsidiariedad; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 819 y 820); Q.M.S. (pp. 599 y 600); PUIG BRUTAU (p. 616); DíEZ-PICAZO (p. 455); LACRUZ (p. 357); GUILARTE ZAPATERO (p. 165); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 181 ss.); RUBIO GARRIDO (pp. 361 ss.). En Italia, RAVAZZONI, A. [«Fideiussione (Diritto Civile)», en *NssDI*, VII, pp. 281 y 282).

³¹ En cambio, así lo creen CARRASCO PERERA (y otros, p. 482); CORDERO (pp. 250 y 251); y siguiéndole, BELUCHE (p. 22).

³² Por eso, incluso de inoquo puede estimarse al actual artículo 717.2.º CC portugués, sobre hipoteca dada por tercero, que se remite al artículo 635 del mismo (nuestro 1835).

Un último apunte queda por hacer acerca del 1835 CC. Suele ser opinión común que la transacción hecha entre deudor y acreedor nunca afecta al fiador si le es perjudicial, atendidos la accesoriedad y el alcance restrictivo de la fianza (arts. 1826 y 1827.I CC), pero que sí le afecta automáticamente cuando le es favorable; pudiendo decirse lo mismo a la inversa para cuando la transacción es hecha entre fiador y acreedor (cfr., art. 1839.II CC, al que volveremos en el epígrafe II.2)³³. Y lo mismo entienden algunos para el hipotecante no deudor³⁴. Pero, amén de que lo beneficioso o lo perjudicial sea subjetivamente apreciable, en principio la accesoriedad y el carácter restrictivo de la fianza habrían de impedir siempre el efecto reflejo de la transacción, sea o no provechoso, de modo que más correcto es entender *ex artículo 1835.II CC in fine* que la transacción afectará o no a quien no fue parte en ella según preste o no su consentimiento, que puede ser expreso o incluso tácito (vgr., oponiendo el fiador la transacción hecha por deudor y acreedor *ex art. 1853 CC*)³⁵. Lo mismo puede decirse del hipotecante no deudor *ex 1257.II CC*, aunque aquí su consentimiento, de no haber sido parte en la transacción, habrá de ir acompañado de su constancia registral por exigencias de especialidad (cfr., arts. 20 y 144 LH, y 240 RH). Así lo dijo la RDGRyN de 7 de junio de 2001, que, aunque cita los artículos 1835 y 1851, más rectamente se apoya también en los artículos 20 LH y 1257 CC. Y, por supuesto, otro cantar será la dificultad, la práctica imposibilidad, de que el hipotecante no deudor pueda oponer la transacción acordada o consentida en el pleito correspondiente (cfr., arts citados LH y artículos 557.1.6.º y 698.1 LEC).

Tampoco es necesario acudir al artículo 1823.I *in fine* CC para demostrar, ni permitir que también la hipoteca prestada por un tercero pueda serlo a título oneroso o a título gratuito. A los intereses del presente estudio, bastará con decir que el artículo 1823.I CC, aunque recordatorio de la causa en general y previsor de que en los contratos de fianza junto a la función genuina de garantía puede

³³ Así, ENNECERUS (II, pp. 813 y 814); siguiéndole PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 819 y 820); TROPLONG (t. 17, pp. 444-446); RAVAZZONI (*NssDI*, pp. 281 y 282); GUILARTE ZAPATERO (p. 165); FALCÓN (p. 368); CARRASCO PERERA (*Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, pp. 181 ss.).

³⁴ CARRASCO PERERA (y otros, p. 482); CORDERO (pp. 250 y 251); siguiéndole, BELUCHE (p. 22); y eso a pesar de que Cordero es consciente del principio de especialidad registral. Llegará incluso a decir Cordero (cit.): «dado el carácter accesorio de la hipoteca, cuando la transacción consista en una reducción cuantitativa de la obligación (una remisión parcial), la misma aprovecha automáticamente –dice– al hipotecante, quien verá reducido el montante de la responsabilidad hipotecaria». Aquí, amén de obviar la exigencia de especialidad, también parece olvidar la de indivisibilidad.

³⁵ Así, MANRESA (XII, p. 272); claramente LACRUZ (p. 357), criticando expresamente a la anterior doctrina que distingue entre transacción favorable y perjudicial; DIEZ-PICAZO (p. 455); y, aunque algo ecléctico, Q.M.S. (pp. 599 y 600).

haber una causa (o llámese motivo causalizado o concausa) gratuita u onerosa, no añade nada al –difícil de interpretar, por lo demás– artículo 1274 CC, referible a cualquier contrato³⁶.

Lo mismo puede decirse del párrafo segundo del artículo 1823 CC: en cuanto a su inciso inicial, puesto que toda garantía lo es de una deuda, poco importa como hipótesis admisible que tal deuda sea principal, accesoria (como prevé el art. 1823.II), individual o colectiva, y que en este caso sea solidaria, parciaria o mancomunada, siempre que sea válida (cfr., arts. 1824.I, para fianza, 1861 CC y 105 LH, para las garantías reales). Y para su aseguramiento, poco importa, también por hipótesis, que la garantía sea real o personal. Por eso, sin necesidad de acudir al artículo 1823.II, cabe la hipoteca en garantía de una deuda principal, de la propia deuda del fiador (siempre que el hipotecante no sea el propio fiador que asegura su propia fianza, pues no sería entonces hipoteca por deuda ajena),... Por supuesto, lo que no cabrá en materia de hipoteca es una figura equivalente a la del subfiador (*vid., infra*, epígrafe V.1).

Tampoco es necesario acudir al inciso final del artículo 1823.II CC para que las situaciones que en él se contemplan puedan darse en la hipoteca. Porque si en general, en virtud de los artículos 1158 y 1159 CC, cabe el pago por tercero, con el consentimiento del deudor, ora ignorándolo éste, o incluso contra su voluntad, ¿por qué no va ser posible garantizar el pago de una deuda en esas tres hipótesis diversas (con consciente, ignorante o prohibente deudor)? Quien puede pagar una deuda ajena, también puede previamente garantizarla. Quien puede lo más,... No se olvide, además, que las garantías han de pactarse, al menos, entre el garante y el acreedor (cfr., arts. 1827, para fianza, y arts. 1875 CC y 145 LH, para la hipoteca, especialmente para la hipoteca por deuda ajena, siempre voluntaria).

³⁶ Así, en general, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional*, en *La Ley*, 1999-3, pp. 789 ss., para quien la onerosidad o la gratuidad no tipifica la fianza, porque el artículo 1823 CC comprende en este punto una remisión al artículo 1274 CC. Siguiéndole, entre otros, Díez-PICAZO (I, pp. 83 y 84); CASANOVAS MUSSONS, A. (*La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 69); CARRASCO (pp. 182 y 183). Y, en particular, para analizar la gratuidad o la onerosidad de la hipoteca acuden al artículo 1274 CC, CHAMORRO PIÑEIRO (pp. 158-162), sobre hipoteca en general, y el propio MORENO QUESADA (p. 122), sobre hipoteca por deuda ajena. Más radical, y muy particular, es la posición de CASANOVAS MUSSONS (p. 69, nota 27), para quien el artículo 1823 CC no tiene ningún sentido en materia de garantías reales: «En primer lugar –dice–, porque, a pesar de su inclusión en sede de contratos, la regulación que les dedica el CC atiende fundamentalmente al derecho real que establecen. Pero, sobre todo, porque no son contratos obligacionales. Luego, no hay obligación que justificar causalmente. Piénsese, por lo demás, en lo absurdo que resulta hablar de liberalidad en el deudor que da en prenda o hipoteca sus bienes. Es igualmente absurdo pensar que pueda hacerlo mediante contraprestación. La noción de causa no puede predicarse de estos contratos. Tampoco, por lo tanto, cuando el que pignora o hipoteca sus bienes no es el deudor, sino un tercero (art. 1857, *in fine*)».

2. NORMAS DE LA FIANZA RELATIVAS AL PAGO HECHO POR EL FIADOR: LOS ARTÍCULOS 1838 A 1842 CC

Esa última precisión, acerca del artículo 1823.II *in fine* CC, nos impone por lógica un salto en el régimen legal de la fianza, para así llegar a los artículos 1838 y 1839.I CC. Al respecto, salvo muy contadas opiniones, la común doctrina, integrada incluso por muchos de los adeptos del «fiador real», coincide en negar la aplicación de aquellos preceptos al hipotecante no deudor por su innecesariedad, porque para llegar a igual régimen bastan los artículos 1158, 1159, 1210.3.º y 1212 CC³⁷. Aunque tal mayoría pudiera eximirnos de mayor detenimiento en la cuestión, merece la pena detenerse para en parte justificar los artículos 1838 y 1839.I CC; fundamentalmente porque en ellos, conforme al espíritu general de la codificación, se simplifican, o quedan orillados y allanados según G.^a Goyena (III, p. 140 y IV, 157), y se imponen *ope legis* los efectos del pago hecho por el fiador según la práctica consagrada antes de la codificación que iba más allá de lo prevenido mucho antes de ella en el Derecho Romano y luego en las Partidas. Sin necesidad de entrar en la disputa acerca de la dualidad o unicidad de acciones que contemplan los artículos 1838 y 1839.I, y aceptando, por ser la razón común en la doctrina y la unánime en la jurisprudencia, la tesis de la dualidad (con la única coincidencia de la subrogación del 1839.I CC para exigir el *quantum* del núm. 1.º del 1838 CC)^{38 39}, permítasenos aquí una exégesis separada de ambos preceptos:

El artículo 1838 CC, aunque acorde o semejante a otras normas (vgr., a los arts. 1727 a 1728 CC, sobre mandato, y al 1893 CC,

³⁷ Así, entre muchísimos otros que irán saliendo al hilo de nuestras explicaciones, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (en Enneccerus, II, pp. 827 y 828); PEÑA BERNALDO (p. 188, nota 102); MORENO QUESADA, L. (pp. 200-202); CASTILLO MARTÍNEZ (p. 86); RUBIO GARRIDO (pp. 145, 146 y 180); CORDERO (pp. 245 y 250); y, siguiéndole, BELUCHE (pp. 26 y 27). En la doctrina francesa, refiriéndose al artículo 1251.3.º *Code* (correlativo a nuestro 1210.3.º), DE PAGE, H (*Traité élémentaire du Droit Civil Belge, t. 7: Les privilèges. Les hypothèques...*, Bruselas, 1957, pp. 657 y 658); y, en Italia, acerca del artículo 1203.3.º *Codice* (nuestro 1210.3.º), PETTI, G. B. (*La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padua, 2000, p. 265); y CICERO, C. (*L'ipoteca*, Milán, 2000, pp. 434 y 435).

³⁸ Uno de los primeros en así advertirlo fue MANRESA (XII, pp. 304 ss.), a quien siguen luego otros (VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1936, pp. 619 y 620; BURON GARCÍA, G., *Derecho civil español...*, Valladolid, 1898, pp. 953 y 954; DE ROVIRA, en EJE, pp. 246 y 247,...); lo que, como dice GUILARTE (cit.), demuestra que el reembolso y la subrogación son cosas distintas, aunque complementarias.

³⁹ Para su cita y explicación, pueden verse, entre otros, GUILARTE ZAPATERO (pp. 205-208, y en su obra *Jurisprudencia sobre fianzas y demás garantías*, Madrid, 1997, pp. 47 y 48); y CARRASCO PERERA (y otros, pp. 257 y 258).

sobre gestión de negocios ajenos)⁴⁰, simplifica la cuestión relativa al reembolso del fiador que paga, por cuanto prescinde de la vieja casuística observada en el Derecho Romano y mantenida, aunque en menor medida, en las Partidas acerca de la posible relación concreta que previamente, antes del pago, existiese o no entre fiador y deudor, cuando tradicionalmente el regreso de aquél frente a éste se explicaba especialmente por una previa relación de mandato (expreso o tácito) o por la idea de la gestión de negocios ajenos⁴¹. Hoy, al artículo 1838 CC le basta objetivamente con que el deudor, consciente o ignorante de la fianza, no se haya opuesto a ella (cfr., último párrafo del 1838 CC), al margen ya de motivos varios y posibles por los que el fiador prestó la fianza y luego pagó, motivos éstos que, por supuesto, de haberlos y estar causalizados habrán de ser tenidos en cuenta para negar o para atemperar el regreso⁴². Con

⁴⁰ Más genéricamente algunos autores, apoyándose sobre todo en la doctrina alemana (especialmente en Von Tuhr), fundamentan el reembolso del artículo 1838 CC en el enriquecimiento injusto, en el 1158.III, en que el deudor impagador no puede enriquecerse en perjuicio del fiador *solvens*. Así, MANRESA (XII, pp. 291 ss.); VALVERDE (pp. 618 y 620); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 832-834, y III-2.º, pp. 280-282); PUIG PEÑA (pp. 571, 583 y 584); GUILARTE ZAPATERO (pp. 208 y 209); Díez-PICAZO (p. 440); INFANTE (pp. 76 y 77). No obstante, como luego veremos y advierten los propios PÉREZ GONZÁLEZ (cit.); GUILARTE (cit.); y RUBIO GARRIDO (pp. 155-157), hay ciertas diferencias entre los artículos 1838 y 1158 que justifican, precisamente, la necesidad de aquél.

⁴¹ Conforme a la romanística común, siendo por ello innecesario citarla (pudiéndose ver una exposición conjunta de la misma en REYES LÓPEZ y BUIGUES OLIVER, «Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza», en ADC, 1996, II, pp. 1484, 1488-1496, 1502 y 1503), en el Derecho romano clásico y justiniano el reembolso dependía de la previa relación existente entre fiador y acreedor, de modo que sólo cabía el regreso por *actio mandati contraria* (si el fiador obró a instancia o encargo, expreso o tácito, del deudor, como en cualquier mandato), por la *actio negotiorum gestorum contraria* (si el fiador afianzó espontáneamente, con la ignorancia del deudor o en su ausencia) o, como añaden algunos (vgr., PACCHIONI, en su *Manual de Derecho Romano*, II, trad., Valladolid, 1942, p. 66; y los Arias, *Derecho Romano*, II, Madrid, 1977, pp. 664 y 665), por la *actio pro socio* (si entre fiador y deudor mediaba un contrato de sociedad); en cualquier otro caso (vgr., si se afianzó por pura liberalidad –*donandi causa*–, por interés propio, o contra la voluntad del deudor –*pro invito*–), el fiador carecía de derecho al reembolso. En nuestras Partidas destacaban al respecto las leyes 11 a 13, título 12, p. 5.ª, siendo reseñable en este punto la ley 12, que, como explica CASANOVAS MUSSONS (pp. 161 y 162), recoge la clásica trilogía de casos, apuntada por AZON *ex D. 17.1.6.2*, en que el fiador carece de reembolso. Decía dicha Ley de Partidas: «Mandando vn ome a otro entrar fiador por el; o entrando el otro fiador por el de su voluntad, delante aquel a quien fia sin su mandado, e non lo contradiciendo; o entrando fiador por el, a otra parte, sin su sabiduría, e si su mandado, e quanto lo sabe, consiente en lo que el otro fizo, e le plaze; o si entra fiador otrosi por el sin su mandado, sobre cosa que otro deude dar, o fazer, a que sea a su pro, maguer non lo consienta; en qualquier destas maneras que entrasse fiador vn ome por otro valdria la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel a quien fia, tenuto es el otro, de gelo dar, e fazer cobrar. Fueras ende tres casos. El primero es, si el que entra fiador, paga el debdo, e lo faze con entencion de le dar por el otro, aquello que fia, o de lo pagar por el, para nunca gelo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E del tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimiento de aquel a quien fio. Como si dixesse: Non vos ruego, que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo; o diziendo otras palabras semejantes destas».

⁴² Porque es posible que exista una causa concreta adicional que excluya el reembolso (vgr., que la fianza se haya prestado *donandi causa*, *pro solvendo*, con renuncia al regreso,...), lo cual también puede ocurrir también tratándose de una hipoteca atendida su causa concreta o

ello no hace tal norma sino atender a lo dispuesto, también de forma sintética y objetiva, por el artículo 1158 CC, prácticamente sin apartarse de él⁴³; mas no por ello deja el 1838 de ser necesario, pues mientras que el artículo 1158 habla de cualquier tercero, esté o no interesado en el pago de la deuda, el artículo 1838 CC se refiere en concreto, como ejemplo innegable de interesado en el pago, al fiador, a un sujeto tan interesado en el pago, que no es tercero, auténtico *poenitus extraneus*, sino deudor, con deuda propia aunque accesoria o en garantía de otra, la principal garantizada. Era necesario dejar claro en el artículo 1838 CC que un deudor que paga su propia deuda tiene derecho de reembolso contra otro deudor, justificándose tal regreso porque aquél es accesorio a éste, porque aquél debe y cumpliendo con su propia obligación fideiusoria paga también la deuda de éste⁴⁴.

Hay, sin embargo, quien no opina de este modo, creyendo que también entra en el artículo 1838 CC el fiador que prestó fianza contra la expresa voluntad del deudor⁴⁵. No lo dice el último párrafo del artículo 1838 CC, que sólo se refiere al deudor ignorante de la fianza y que, por tanto, no se opone a ella. Pero para quienes de aquella forma opinan así debe deducirse del artículo 1823.II CC *in fine*, que admite la validez de la fianza prestada aun contradiciéndola el deudor. De admitirse tal interpretación sistemática de los artículos 1823 y 1838, habría de concluirse que el artículo 1838 es norma singular frente al artículo 1158.II y III CC, siendo, entonces, incluso más fácil rechazar su aplicación al hipotecante no deudor (*ex art. 4.2 CC*), al cual habría que aplicar la regla general del 1158. Aun tentados por tal simpleza, ha de rechazarse la premisa que conduce a esta interpretación del 1838 *in fine*, aunque a simple vista la confrontación de los artículos 1158, 1823 y 1838 pueda justificarla. No sucede así en otros Códigos, donde la conju-

motivo causalizado. No en vano, para nuestra jurisprudencia, criticada en este punto por buena parte de nuestra doctrina, la gratuidad u onerosidad de la fianza, o de cualquier garantía en general, está muy en conexión con los intereses del garante en el reembolso y la subrogación.

⁴³ Así, CASANOVAS MUSSONS (p. 3), para quien el 1838 se fundamenta en la norma general del 1158.

⁴⁴ Así lo advierten, entre otros, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (cit.); GUILARTE ZAPATERO (cit.); y RUBIO GARRIDO (cit.).

⁴⁵ Así, refiriéndose al artículo 2028 *Code*, TROPLONG (T. 17, pp. 294 y 295), dice que ha de darse a tal fiador la *actio mandati contraria* como así se la concedía el Derecho Romano; lo cual no fue así. En Italia, acerca del artículo 1950 *Codice*-1942, RAVAZZONI (NssDI, p. 293, y de su monografía *La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, pp. 237-240). En nuestra doctrina, en parte, MANRESA (XII, pp. 291 ss.); VALVERDE (pp. 619 y 620); y, sobre todo, LACRUZ BERDEJO (p. 351), para quien el reembolso sí opera «cuando –la fianza– se haya prestado contra su voluntad –la del deudor– (caso verosíblemente no considerado por el legislador por su aspecto académico, difícil de encontrar en la práctica –pero ahí está el 1823.II *in fine*!–), ya que el reembolso corresponde al fiador por serlo –y haber pagado–, no en razón de sus relaciones con el deudor».

gación de sus normas correlativas a nuestros artículos 1158, 1823 y 1838 es total, por cuanto en ellos se alude sólo al hecho de que el tercero *solvens* tenga o no interés en el pago y, en sede de fianza, a que el deudor conozca o ignore la fianza, de tal forma que si el tercero paga contra la voluntad del deudor o la fianza es prestada en contra de la expresa voluntad de éste, aun siendo válidos el pago y la fianza, el fiador que paga carecerá de reembolso⁴⁶. El «original» añadido de nuestro 1823.II *in fine* obedece al artículo 1734.II Proyecto CC-1851, que, como dice García Goyena, responde a lo que ya decía en su primera parte la Ley 12, Tít. 12, P. 5.^a Dada, pues, la autorizada procedencia del actual precepto, no parece que deba pensarse en un error cometido por éste, sino en su acierto, siendo nuestro 1823 más completo que la norma correlativa de otros Códigos. Y lo es porque dicho artículo 1823.II se mueve en un plano diverso al del 1838: aunque ambos parten de la garantía de una deuda ajena, la principal, y, por ende, del posible pago hecho por el garante, el 1823 se refiere a la constitución de la fianza en sí, que siempre se ha de establecer, voluntaria o forzosamente, entre fiador y acreedor, como partes imprescindibles del contrato, siendo secundaria, por prescindible cuando es fianza voluntaria, la intervención del deudor (cfr., párrafo primero del propio 1823 y arts. 1827.I, 1828, 1854 CC). Por eso, como luego se verá, el artículo 1823.II *in fine* más bien ha de conectarse con el artículo 1839. En cambio, el artículo 1838 CC, muy en conexión con el 1158, atiende a las consecuencias del pago ante la posible relación preexistente entre deudor y fiador (el 1158 entre deudor y tercero solvente), y por eso mismo si el deudor se mostró contrario a la fianza, en principio el fiador carece del reembolso del artículo 1838. Así ya lo era desde el Derecho Romano, pasando por la Ley de Partidas citada. Y así lo explicaba García Goyena al comentar los artículos 1099, 1734.II y 1752 del Proyecto CC-1851 (antecedentes directos de nuestros actuales artículos 1158 –aunque éste inspirado en el Anteproyecto de CC-1882–, 1823.II y 1838, respectivamente)⁴⁷. ¿Acaso entonces no le queda a dicho fiador *prohibente debi-*

⁴⁶ Esa es la opinión común, gala e italiana, a salvo las opiniones aisladas de Troplong y de Ravazzoni arriba indicadas, a la vista de los artículos 1236, 2014.I y 2028 *Code*, de los artículos 1238, 1901 y 1915.I *Codice*-1865, y de los artículos 1936.II y 1950.I *Codice* vigente.

⁴⁷ Lo que para CASANOVAS MUSSONS (pp. 163 y 164), ha de ser muy tenido en consideración para su interpretación, pues no se pretende con el CC ningún cambio frente a la tradición jurídica anterior, esto es, que no se pretende conceder acción contra el deudor a un fiador, el *prohibente debitore*, que nunca la tuvo. El artículo 1099 Proyecto CC-1851 decía en sus dos últimos párrafos: «Puede hacerse igualmente –el pago– por un tercero, ignorándolo el deudor.(...) En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este». Y decía GARCÍA GOYENA (III, p. 128), que dicha norma «es el 1236 Francés, aunque en mi concepto el nuestro

tore ningún recurso contra el deudor? Sí, la *actio in rem verso* o de enriquecimiento injusto del artículo 1158.III CC, que en este punto se apartó del 1099 Proyecto-1851, y que el actual artículo 1838 no excepciona; para lo cual opera la subrogación del 1839.I CC que, como veremos, es referible a todo fiador⁴⁸.

es mas claro y circunstanciado: tiene ademas la adición, “Si pago contra la voluntad, etc.”. Y sobre tal adición, añadirá Goyena (III, p. 129): «Este caso, que es de Derecho Romano y Patrio, no se halla en los artículos extranjeros: *invito beneficium non fit*, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar». Luego viene el artículo 1734.II Proyecto CC-1851, que dice: «Puede tambien constituirse –la fianza– no solo á favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiador» (exactamente nuestro actual artículo 1823.II, salvo en la última palabra, donde en lugar de «el fiador» se dice «éste»). Y ya advierte GARCÍA GOYENA (IV, p. 142) que «hasta y «aun prohibiéndolo» es el artículo 2014 Frances». Añadía sobre los casos de fiador «Mandándolo, ignorándolo» que «el fiador que pagase en este caso, podria repetir contra el deudor, ó á virtud de la subrogación del artículo 1117, número 3 –actual 1210.3.º, que veremos luego al tratar el 1839–, ó como gestor de negocios, artículo 1892 –correlativo al actual 1893 CC–(...) Concuerdada esta parte del artículo con la Ley 12, título 12, partida 5, y las 6, párrafo 2, 18, y 20, párrafo 1, título 1, libro 17 del Digesto», también antes citados. Y terminaba su comentario con la última parte, la novedosa, de nuestro actual 1823.II, comparándolo con otros Códigos (p. 143): «Y aun prohibiéndolo: se ha añadido esto á los artículos extranjeros por hallarse en las leyes 6, párrafo 1, 40, título 1, libro 17 del Digesto, y 13 –y la 12–, título 12, Partida 5 que niega al fiador en este caso el derecho de repetir contra el deudor. Lo establecido sobre el pago al final del artículo 1099 –visto al principio de esta nota– es aplicable á este artículo». Sobre el artículo 1752 Proyecto CC-1851 (el actual 1838), GOYENA (IV, p. 157) dice que concuerda con el «párrafo 6, título 21, libro 3, Instituciones, y –con la– ley 12, título 12, Partida 5, que exceptúa tres casos, tomándolos del Derecho Romano, y que están igualmente exceptuados espresa ó tácitamente en todos los Códigos; por ejemplo, el de haber salido uno fiador, prohibiéndolo el deudor: vé el final del artículo 1099». E insistirá (p. 157): «El que fió, mandándolo ó consintiéndolo el deudor, tiene contra este la accion *contraria* de mandato que es mas llana que la subrogación»; añadiendo, acerca del último párrafo del artículo 1752 (el último del actual 1838 CC) (p. 158): «Por Derecho Romano y Patrio procedia en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; pero como no podia darse accion de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es mas sencillo». Y terminará Goyena reiterando (en esa misma p. 158): «Si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenia accion alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1099 según dejo ya observado». Con esta remisión al principio se cierra el círculo, el comentario que ha de hacerse hoy de los actuales artículos 1823.II y 1838 CC (a salvo el 1158 *in fine*, al que nos referimos a continuación en texto).

⁴⁸ Así, hoy, conectando los artículos 1823.II, 1838, 1210.3.º y 1158.III CC, CASANOVAS MUSSONS (pp. 161-166 y 183), para quien mientras el 1158.III atiende al enriquecimiento del deudor, el 1838 atiende al entero empobrecimiento del fiador *solvens*; RUBIO GARRIDO (pp. 172-174); CARRASCO PERERA (pp. 42 y 43; y con otros, pp. 257 ss.); ALONSO SÁNCHEZ, B. (*Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, pp. 37 y 38). El propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE en *Febrero* (IV, p. 80), decía que el fiador que prestó fianza contra la voluntad del deudor carecía de reembolso «por manera que en este caso se presume que el fiador lo hizo –el pago– con intencion de donar» (así también HEINECCIO, J., *Recitaciones del Derecho Civil*, trad., Madrid, 1830, p. 93; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Madrid, 1874, pp. 374 y 375); pero añadía (p. 81): salvo que el fiador pruebe lo contrario, en cuyo caso podría admitirse contra el deudor una acción de enriquecimiento injusto (pp. 81 y 82) «que pueda repetirse contra el deudor por todo aquello en que se hizo mas rico pues que la equidad no permite que uno se enriquezca á espensas (*sic*) y con daño de otro». Así también, reproduciendo esta última frase, GUTIÉRREZ (pp. 65 y 66). Y explica CASANOVAS MUSSONS (pp. 164 y 165), que si bien el artículo 1099 Proyecto CC-1851 no recogía tal solución, así lo hará finalmente el artículo 1158 CC por haberlo así ya dispuesto el Anteproyecto CC de 1882-1888, por influencia del CC argentino, que, según explican Vélez Sarsfield y Salvat (influidos por

Sin embargo, a la vista de esto último surge aquí cierta innecesariedad y contradicción en el artículo 1838 CC, pues, aunque en apariencia más amplio que el artículo 1158.III CC, los conceptos económicos que en él se incluyen pueden deducirse de otras normas más generales (vgr., acerca de los números 2.º y 3.º, cfr., arts. 1100.I y 1108 CC, que, aunque ubicados en sede de obligaciones contractuales, son normas generales aplicables a cualquier deuda y responsabilidad, como la extra-contractual de los arts. 1902 ss CC, y acerca del núm. 4.º del 1838 CC, cfr., arts. 1106, 1893 *a fortiori* y 1902 CC)⁴⁹. Por eso, es verdad, nada habría de impedir que el fiador *prohibente debitore* exigiese el pago de esos otros conceptos en tanto los acredite.

Todo lo dicho acerca del reembolso del fiador que paga, puede también decirse del tercero hipotecante *solvens*, mas sin necesidad de acudir al artículo 1838 CC⁵⁰, máxime cuando tal garante, a diferencia del fiador, no es deudor, porque su función de garantía no es pagar, sino sujetar un bien propio a su posible ejecución para el pago forzo-

Maynz), adopta la idea más equitativa del enriquecimiento injusto antes que la de presumir el *animus donandi* en el tercero *solvens*.

⁴⁹ Así explican tales números del 1838 CC, MANRESA (p. 304 ss.); Q. M. S. (pp. 617-619); DÍEZ-PRCAZO (pp. 442 y 443). Por su parte, LACRUZ (pp. 350 y 351), en lugar de acudir a los artículos 1106 y 1108 CC prefiere apoyarse en los artículos 1728.III, 1729 y 1893, sobre mandato y gestión de negocios ajenos, para así evitar que el 1838 CC pueda ser aplicado al fiador prohibido por el deudor.

⁵⁰ En cambio, defienden la aplicación de tal norma al hipotecante no deudor CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (cit.); AZPITARTE CAMY (p. 109); LALAGUNA (pp. 82-84), para él siempre que el hipotecante pague con el conocimiento del deudor; CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del artículo 1158.II CC, cree mejor aplicar al hipotecante no deudor el artículo 1838 CC: por un lado, porque éste es más amplio que aquél, lo cual ha quedado desmentido, o al menos cuestionado, con lo dicho en texto en el párrafo anterior, y, por otro, siguiendo a CARPI (pp. 181-186), «porque su fundamento –el del 1838 CC– se encuentra en la causa de garantía»; mas ¿acaso entonces el 1838 es aplicable al fiador *prohibente debitore*? Aunque apoyado Infante en Carpi, ésta sólo acude al artículo 1838 CC, no para el caso de pago voluntario por el tercero hipotecante (al cual aplica el 1158 CC), sino para el caso de ejecución hipotecaria (que no contempla expresamente el 1158), aduciendo entonces la analogía funcional porque en tal norma subyace, más allá del enriquecimiento injusto, la idea de función de garantía. Tampoco esto parece convincente: primero, porque el mecanismo de la garantía en la hipoteca, como advierte antes la propia Carpi, es diferente al de la fianza; en aquélla, especialmente si se trata de hipoteca por deuda ajena, se hipoteca un bien para su posible ejecución ante el impago voluntario, no para pagar voluntariamente la deuda; segundo, téngase en cuenta que en el Derecho comparado (especialmente, en el artículo 2866 CC italiano-1942), sólo se recoge expresamente el regreso para el caso de ejecución hipotecaria a favor del tercer poseedor; y, tercero, si para Carpi Martín no es aplicable el 1158 al caso de ejecución hipotecaria, pues sólo contempla el caso de pago voluntario, cosa desde luego discutible (pues el pago puede ser en general voluntario o coactivo), ¿qué le hace pensar que el artículo 1838 comprende tanto el pago voluntario como el ejecutivo? Si ella restringe el significado de «pago» o de «cumplimiento» del 1158, ¿por qué no lo hace también para el 1838 CC? Nosotros abogamos por el significado lato en ambas normas, y, por ende, bastará siempre con acudir al 1158 CC para el pago –voluntario o no– hecho por el hipotecante no deudor. En Francia, defienden la aplicación del artículo 2028 CC francés (nuestro 1838) al «fiador real», SIMLER y DELEBECQUE (pp. 48 y 152); CABRILLAC y MOULY (pp. 213 y 274). Así también PALUMBO (pp. 52 ss.), refiriéndose al artículo 1915 CC italiano-1865 (nuestro 1838), mas no porque fiador e hipotecante se asimilen, sino porque tal norma se fundamenta en el enriquecimiento injusto.

so de una deuda ajena, encajando por tanto con mayor corrección en la figura del tercero interesado en el pago del artículo 1158.I CC. Así las cosas: si el hipotecante prestó hipoteca con la aquiescencia del deudor y paga, entonces, tendrá derecho al reembolso conforme a la primera parte del artículo 1158.II CC (o, si se quiere, como pretende Beluche, *ex arts.* 1727 a 1729 CC si hubo estricto mandato). *Ídem* si el hipotecante prestó hipoteca ignorándolo el deudor (o, si se quiere, con Cordero y Beluche, *ex art.* 1893 CC, si se estima que hubo gestión de negocios ajenos). Y si hipotecó aun contradiciéndolo el deudor, gozará de la acción de enriquecimiento injusto *ex artículo* 1158.II *in fine* y III CC. Y en todos los casos puede el hipotecante reclamar intereses, gastos, daños, ... siempre que los pruebe, por aplicación de las normas generales arriba (en el párrafo anterior) citadas⁵¹.

Otro tanto de lo mismo puede colegirse del artículo 1839.I CC, que aislada e históricamente considerado fue necesario en su momento para imponer *ipso iure* y *ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria –y sólo a veces forzosa– cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano⁵²; o la llamada carta de lasto –documento en que el acreedor cedía sus acciones– de nuestras Partidas y del Fuero Real)^{53 54}. Y a los efectos de la subrogación

⁵¹ Así, PEÑA BERNALDO (p. 188, nota 102); CORDERO (pp. 245 y 250); siguiéndole BELUCHE (pp. 26 y 27), quien por aplicación de tales normas generales advierte de la innecesariedad de ciertas normas extranjeras que sobre el reembolso del tercero hipotecante se remiten a la norma que específicamente regula el reembolso del fiador (así, § 1143 BGB, y artículo 2871 CC italiano-1942); y en la jurisprudencia la STS de 23 de marzo de 2000, aplicando los artículos 1108 –salvo que los intereses fuesen convenidos– y 1158.II CC. En contra de aplicar tales normas (arts. 1100, 1108 y 1893), CARPI (p. 186, nota 294), diciendo, acerca de los intereses, que su cómputo es diferente en aquellas normas y en el 1838, lo que, en nuestra opinión, simplemente evidencia una diferencia de régimen particular, pero no puede conducir, como ella defiende, a la aplicación del 1838 al hipotecante por deuda ajena.

⁵² Véase REYES LÓPEZ y BUIGUES OLIVER (pp. 1488-1490), siendo sobre todo destacables la Novela 4.1 *in fine* de Justiniano, el D. 46.1.36 y el C. 8.40.2.

⁵³ Son la Ley 11, tít. 18, lib. 3, del Fuero Real, y de las Partidas, la extensísima Ley 11, y también, en parte, la Ley 13, ambas del título 12, P. 5.^a. Como síntesis que de la Ley 11 hacía la doctrina patria del momento, resume ESPÍN CÁNOVAS (*NEJ*, p. 323) «tres supuestos: 1.º Si el fiador paga, como tal fiador, en su propio nombre, puede compeler al acreedor a que le ceda sus acciones, bien contra el deudor principal, bien contra los otros fiadores por la porción que a cada uno de éstos le corresponda; 2.º Si el fiador paga no como tal fiador, sino en nombre del deudor, no puede pedir al acreedor que le ceda sus acciones contra los demás fiadores, porque el pago produce los mismos efectos que si fuese hecho por el propio deudor, es decir, que extingue el crédito. La ley que comentamos le concede, sin embargo, un derecho de regreso, aun en este caso, contra el deudor principal; y 3.º Si el fiador no expresa al pagar, si lo hace como fiador o en nombre del deudor, puede no obstante exigir al acreedor que le ceda sus acciones siempre que lo haga al verificar el pago, pues si lo hace después se estima que pagó en nombre del deudor».

⁵⁴ Así lo advirtió GARCÍA GOYENA (IV, pp. 139 ss.), refiriéndose al Proyecto CC-1851: Tras distinguir el artículo 1116 del Proyecto-1851 entre subrogación con-

en los derechos y accesorios (hipotecas, fianzas, ...) del crédito pagado ninguna relevancia tienen el conocimiento y, en su caso, la voluntad del deudor acerca del pago hecho por el fiador. Porque la subrogación del 1839.I, a diferencia del reembolso del 1838, se fundamenta en el pago, no en la fianza en sí. Aquí sí es donde tiene sentido aludir al artículo 1823.II *in fine* para conectarlo con el artículo 1839.I CC: siendo válida según aquella norma toda fianza concertada entre fiador y acreedor, cualquiera que sea la actitud del deudor al respecto, el pago hecho por aquél le subroga automáticamente en la posición del acreedor contra el deudor (como dice el 1839.I CC) –y contra terceros (*ex art. 1212, y cfr., arts. 1528 y, sobre todo, 1852 CC*)–. Siendo, por tanto, el artículo 1839.I CC aplicable a todo fiador que paga, aunque lo ignore o lo repruebe el deudor, constituye tal norma una excepción al artículo 1159 CC⁵⁵. No es que por ello el 1839.I sea norma excep-

vencional y legal, el artículo 1117 Proyecto-1851 decía: «La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 3.º Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligacion, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068»; y refiriéndose a ese núm. 3.º, decía GOYENA (p. 140): «Como la tiene el deudor mancomunado –entiéndase, solidario– y el fiador: vé el artículo 1099, párrafo 1º (al que ya antes, en nota, al tratar el reembolso y el pago por tercero nos referimos como antecedente del actual 1158 CC), añadiendo que «la subrogación del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal», y concluyendo así (p. 140), que en el artículo 1117 «quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados». Porque (p. 141), «la equidad no permitiría prevalerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogación: ellos tenían derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podía negarla en el caso de habersele pedido, haya tenido la intención de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante». Luego, acerca del artículo 1753.I Proyecto CC-1851 (nuestro actual 1839), insistirá GARCÍA GOYENA (IV, p. 158) en lo ya dicho: «Se subroga: á virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117 (...). Es un tercer beneficio –junto con la excusión y la división– que la ley concede al fiador: este no tiene necesidad de pedir la subrogación; la ley misma la pronuncia, porque resulta del hecho mismo del pago, y habemos dejado a un lado las vanas sutilezas que hacían necesario el sustituir á una subrogación, que no se daba espresamente, una pretendida acción de mandato». Y así venía siendo la práctica, como nos explica don Benito GUTIÉRREZ (p. 62) refiriéndose a la carta de lasto de las Partidas: «La ley copia en sus menores detalles el derecho romano, pero la práctica universal... ha rechazado este rigorismo; de modo que, ó no se reputa necesaria la cesión de acciones, ó se permite pedirla en cualquier tiempo después de hecha la paga. En efecto, la doctrina generalmente admitida es la del Código civil francés: el fiador que paga se entiende subrogado de derecho en el lugar y acciones del acreedor». Interesantes al respecto resultan las explicaciones de TROPONG (T. 17, pp. 313 y 314), acerca de los artículos 1251.3.º y 2029 CC francés (nuestros artículos 1210.3.º y 1839 CC), que recogen la doctrina propugnada en el s. XVI por DUMOULIN malinterpretando, dice, ciertos textos romanos, porque, en verdad, en el Derecho Romano: se ignoraba la figura de la subrogación; el pago de la deuda implicaba su extinción; la cesión de créditos estaba prohibida, y porque tales escollos se salvaban con el *beneficium cedendarum actionum* que el fiador debía ejercer contra el acreedor antes del pago.

⁵⁵ En cambio, para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 807 y 808), si bien para la validez de la fianza no se requiere de la intervención del deudor (*ex artícu-*

cional, sino que insiste en la subrogación legal que consagra con alcance general el artículo 1210.3.º CC, sin que por esto deba tildarse al 1839.I de norma innecesaria por reiterativa⁵⁶, pues, como se dijo antes de los artículos 1158 y 1838 CC, si el fiador está interesado en el pago (art. 1210.3.º CC), lo está por ser él mismo deudor, aunque en garantía, no pudiendo por ello ser estimado como mero tercero, aunque lo diga *a contrario sensu* el artículo 1822.I CC⁵⁷.

Lo mismo puede decirse del hipotecante no deudor, mas sin tener que acudir al artículo 1839.I CC, porque aquél, a diferencia del fiador, no es deudor, encajando por tanto con mayor corrección en el tercero interesado en el pago del artículo 1210.3.º CC. Aun siendo éste el sentir común de la doctrina, opiniones hay que lo niegan, ora porque al hipotecante no deudor ha de aplicársele el artículo 1839.I CC⁵⁸, ora, más radicalmente, porque el tercero hipotecante no encaja ni en el 1210.3.º ni en el 1839.I, debiéndole por tanto negar la subrogación legal (así, como única al menos, la STS de 23 de marzo

los 1822 y 1823.II CC), para que haya o no subrogación por pago sí ha de tenerse en cuenta que el fiador actuara o no con la aquiescencia del deudor, de modo que para tales autores el artículo 1839 CC no excepciona lo dispuesto en las reglas de los artículos 1158 y 1159 CC. Por todo lo dicho en texto, conforme a la común opinión, no parece que así sea. Cosa diversa, por supuesto, como así sucede –vimos– con el reembolso, es que exista una causa concreta adicional que excluya la subrogación (vgr., que la fianza se haya prestado *donandi causa, pro solvendo*, con renuncia a la subrogación, ...), lo cual también puede ocurrir tratándose de una hipoteca atendida su causa concreta o motivo causalizado (así lo dicen, refiriéndose precisamente al tercero hipotecante, RUBINO, pp. 477 y 478; y siguiéndole, BARBIERI, p. 52; BOERO, pp. 677 y 678; MAIORCA, C., «Ipoteca [Diritto Civile]», *NssDI*, IX, p. 115; y, entre nosotros, BELUCHE, pp. 27 y 30, acerca de la renuncia a las acciones de reembolso y subrogación).

⁵⁶ Como, en cambio, sí creen, matices aparte, Q.M.S. (pp. 625 y 626); GUILARTE ZAPATERO (p. 215); PUIG BRUTAU (p. 610); CARRASCO PERERA (y otros, p. 261).

⁵⁷ Así lo aclara RUBIO GARRIDO (pp. 155-157). Ya lo decía GARCÍA GOYENA (III, p. 128) comentando el artículo 1099 Proyecto CC-1851 (antecedente, con diferencias, de nuestro 1158), en su primer párrafo («*Puede hacerse el pago por cualquier persona que tenga algun interes en el cumplimiento de la obligacion*»), diciendo que dicho interés «es siempre la medida de la accion; podrá, pues, pagar el fiador con arreglo á lo que se dispone en el título *De la fianza*, y quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117» (nuestro vigésimo artículo 1210.3.º CC).

⁵⁸ Así, CAMY (p. 417); AZPITARTE (p. 109); CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); PANTALEÓN (pp. 2 y 3), aunque estos dos últimos por estimar que el 1839 no añade nada al 1210.3.º; INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del artículo 1210.3.º CC, cree mejor aplicar el 1839, justificándolo (con CARPI, p. 185), «porque su fundamento se encuentra en la causa de garantía», ¿o más bien en el hecho del pago? En Francia, SIMLER y DELEBECQUE (pp. 48 y 152); CABRILLAC y MOULY (pp. 213 y 274); en Italia, GORLA (1935, p. 101), aunque recuérdese que por entonces para este autor el hipotecante por deuda ajena es deudor, aunque con responsabilidad limitada.

de 2000)⁵⁹ ⁶⁰. Al ser ambas tesis rechazables, es necesario detenerse en la cuestión.

Cierto es que la subrogación por pago no se presume (art. 1209 CC), y que los casos de subrogación legal del artículo 1210 CC son taxativos⁶¹, mas ello no se contradice con la cierta amplitud existente en la redacción de tales casos; como hace poco recordó Rubio Garrido⁶², conforme al ideal de concisión y sencillez que inspiró a todo el CC en general, la redacción del 1210 CC, dada la reducción de sus diversos números frente a los seis números del 1117 Proyecto CC-1851, es amplia, contemplando su núm. 3.º a cualquier

⁵⁹ Dice tal STS de 23 de marzo de 2000 en parte de su Fundamento Jurídico segundo que al hipotecante por deuda ajena le resultan inaplicables los artículos 1210.3.º y 1212 CC porque «a los efectos de pago de la cantidad que reclama no puede considerarse «tercero», al ser un «obligado» al pago porque mediante el contrato de hipoteca sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 del CC) respondiendo del crédito garantizado, garantía que se llevó a efecto incumplida la obligación mediante la ejecución hipotecaria». La razón de esas comillas ha sido justificada por la doctrina de muy diversas formas: benévolamente, por BERCOVITZ, en su Comentario –a dicha STS–, en *CCJC*, 2000, p. 385; sutilmente por FELIU REY, pp. 3 y 4; y, cómo no, agriamente por PANTALEÓN, pp. 2 y 3, para quien si el hipotecante no deudor fuese, como dice la STS de 2000, un garante obligado, habría que aplicarle el 1839 CC. En lo que más importa, en el fondo, dicha STS ha sido unánimemente criticada por la doctrina porque el hipotecante por deuda ajena no es deudor, sino tercero y además interesado en el pago (amén de los citados, arremete también contra la STS citada, BELUCHE, pp. 26 y 27, con nota 258; y en general aplica el 1210.3.º CC al hipotecante no deudor desde siempre la común doctrina, a la que ya nosotros nos unimos en nuestro *Derecho o carga real*, cit., pp. 390, 391, 450 a 452, sobre todo, con razones y autores a los que nos remitimos). Siendo ésa la crítica unánime excúsenos aquí de entrar en el análisis concreto de aquella STS y, por tanto, de hacer más leña del árbol caído.

⁶⁰ Posición muy particular es la de LALAGUNA (pp. 82-84), para quien el hipotecante no deudor carece de subrogación pues el pago extingue la deuda y la hipoteca se extingue por consolidación. Siendo cierto esto último, no lo es lo primero que sin más desmorona la figura de la subrogación por pago. En otra posición particular, CARPI (pp. 187-192) sólo estima aplicable el 1210.3.º cuando el pago hecho por el tercero hipotecante ha sido voluntario, pero cuando el crédito es satisfecho por la ejecución hipotecaria, CARPI niega la aplicación de aquella norma y por ser meramente reiteración de aquélla la del 1839, niega en sí la subrogación, todo por entender que el 1210.3.º CC, de interpretación restrictiva *ex* 1209 CC, sólo se refiere al pago voluntario; de ahí el sentido, para esta autora (p. 191, nota 303), del 1839 CC que concede la subrogación al fiador aun en caso de pago forzoso. Ya hemos visto que la necesidad del 1839 CC ha sido históricamente otra, no la que apunta Carpi. Además, ¿por qué interpretar de diferente modo la palabra «pago» en los artículos 1210 y 1839 CC? Como dijimos en una nota anterior criticando a Carpi acerca de los artículos 1158 y 1838 CC, abogamos por una interpretación amplia. Mas incluso de ser restrictiva la del 1210.3.º, como pretende Carpi, ¿por qué no también lo es la del 1839 que, como dice esta misma autora, es fiel trasunto de aquella norma más general? Claro que lo niega Carpi inventándose una razón del 1839 que nunca tuvo para que así no se niegue al fiador la subrogación en caso de pago coactivo. Mas, ¿sí es, en cambio, justo negársela al tercero hipotecante que sufre la ejecución hipotecaria? Para Carpi sí lo es, salvo (dice, p. 191) que haya pacto por el cual el acreedor conceda el derecho de subrogación al hipotecante ejecutado. O sea, ¡otra vez la antigua y hoy superada carta de lasto!

⁶¹ Razones éstas aducidas por la STS de 23 de marzo de 2000 y por CARPI (cit., en nota anterior), para no aplicar el artículo 1210.3.º CC al tercero hipotecante.

⁶² En su obra *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, p. 198, y que reitera en su obra sobre fianza, pp. 145 y 146. También, BERCOVITZ (pp. 885-887); FERNÁNDEZ VILLA, J. (*El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 CC*, Granada, 1999).

pagador «que tenga interés en el cumplimiento de la obligación», entre los que podrían incluirse el fiador (art. 1839 CC), el tercer poseedor (art. 867 CC), ... Y es ahí donde también encajará el hipotecante no deudor, cuyo interés en el pago radica sencillamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble. Está, por ello, dicho sujeto facultado para pagar, por estar, precisamente, interesado en el pago. Tanto que, dada la inherencia real de la hipoteca (arts. 1876 CC y 104 LH), podría incluso decirse que tiene la carga real de pagar⁶³.

Ello es así salvo que quiera darse un salto en la dicción literal del artículo 1210 (y en la del 1158 CC, vgr.), para así conectar el «interés», no con el pago –con el «cumplimiento», como dice el 1210.3.º–, sino con la «obligación» (o incluso con la subrogación misma), pareciendo entonces necesario para el 1210.3.º que el pagador deba de estar de una u otra forma obligado e interesado en la propia subrogación⁶⁴. Con esta torcida interpretación⁶⁵, que tal vez sea el germen de otras desviaciones más recientes (como las de la STS citada), se cae en el error que, inevitablemente por su clara pero errónea dicción, cometen otros Códigos –no sus intérpretes–, donde literalmente se habla del «obligado –“tenu”, “tenuto”– por otro o con otro al pago», acaso como si debiera tratarse de un verdadero deudor y de que la subrogación legal por pago y, en general, el pago por «tercero interesado en el pago» sólo fuese predicable de los co-deudores solidarios y de los fiadores que pagan⁶⁶. Tal vez

⁶³ Al respecto, sobre dicho sentido de «carga», como diverso de «obligación», nos remitimos, para mayor detalle, a nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pp. 208-233, sobre cargas reales y personales en general, pp. 379-392 y 445-455, sobre la carga real de pagar la deuda para así eludir la ejecución cuando el titular del bien hipotecado no es el propio deudor.

⁶⁴ Dan ese «salto» Díez-Picazo (pp. 482 y 483); y en parte HERNÁNDEZ MORENO, A. (*El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 184-192).

⁶⁵ Porque, como dice BERCOVITZ (p. 40), tal distinción entre interés en el pago e interés en la obligación es artificiosa, inconsistente, pues «quien tiene interés en una obligación lo tiene en igual grado con respecto a su cumplimiento y viceversa». En similar sentido, RUBIO GARRIDO (en su obra sobre subrogación, pp. 197 y 198).

⁶⁶ Así, del CC francés, cfr., artículos 1236 y 1251.3.º (que habla de «*qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette*»), los artículos 1238 y 1253.3.º CC italiano-1865, y del vigente el artículo 1203.3.º (que habla de «*colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo*»). Sobre el *Code*, refiriéndose a los preceptos citados y a otros (vgr., artículos 2167 y 2168, que hablan del tercer poseedor como «*obligado al pago*»), ya autores como LAURENT (T. 31, pp. 209-212), o TROPLONG (T. 3, pp. 332-335), y, ya antes del CC francés, POTHIER (IX, p. 452), criticaban aquella expresión por errónea, y que el Código tomó, dicen, del artículo 101 de la Costumbre de París, al parecer, por influencia del Derecho canónico (sobre todo de Grenier), donde se hablaba de la «pena de pagar». Pero como ya dice el propio POTHIER (cit.): «*Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est, de la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que in facultate solutionis, pour éviter le délai: il n'est pas in obligatione; car le tiers détenteur n'est point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou participe aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée*».

por ello en alguno de tales Códigos haya sido necesario crear una norma *ad hoc* para contemplar la subrogación legal por pago de ciertos sujetos (vgr., arts. 2866 –antes, art. 2022 CC-1865– y 2871 *Codice*-1942, sobre el tercer poseedor y sobre el tercero hipotecante, respectivamente)⁶⁷. Pero tal adición no es necesaria en nuestro CC ante la correcta dicción del artículo 1210.3.º CC.

Otra forma de tergiversar el artículo 1210.3.º CC es atender aisladamente a su último inciso para concluir que, al modo en que parecen hacerlo aquellos otros Códigos, tal norma prácticamente sólo es aplicable al codeudor solidario y al fiador (cfr., arts. 1145.II y 1839.I CC, respectivamente). Ciertamente, tales eran los ejemplos que el propio García Goyena (cit.) hacía comentando su precedente, el artículo 1117.3.º Proyecto CC-1851 (en su remisión explícita al art. 1068 e implícita al 1099), cuando había otros supuestos recogidos en tal precedente, que, sin embargo, hoy no recoge el artículo 1210 CC. ¿Acaso por ello, por ese silencio, esos otros supuestos quedan hoy excluidos del artículo 1210.3.º CC? No; de lo contrario, de sólo aplicarse el 1210.3.º al codeudor solidario y al fiador, o bien sobra aquél o bien sobran los artículos 1145.II y 1839.I. Ya hemos visto que el artículo 1839.I CC no sobra. Tampoco sobra el 1210.3.º CC que, en su amplia por concisa redacción, comprende más casos. Precisamente al respecto, como anillo al dedo viene traer uno que, aunque difiera del hipotecante no deudor por no ser garante, se identifica con él por su ajeneidad a la deuda y a la responsabilidad garantida con la hipoteca: es el caso del tercer poseedor⁶⁸. En el Derecho Romano⁶⁹ y en las propias Partidas (Ley 18, tít. 13, P. 5.^a)⁷⁰ se preveía expresamente que si tal sujeto pagaba la deuda garantida con el bien hipotecado que había adquirido, se subrogaba –permítasenos lo

⁶⁷ Lo dice FRAGALI (pp. 806-808 y 814).

⁶⁸ Sobre la subrogación legal, *ex* artículo 1210.3.º CC, por pago del tercer poseedor de finca hipotecada, pueden verse, como recopiladoras de otras muchas anteriores, las recientes observaciones de CASTILLO MARTÍNEZ (pp. 174-177); de Díez GARCÍA, H. (*El tercer poseedor de finca hipotecada*, Pamplona, 1998); y de ARIJA SOUTULLO, C. (*El tercer adquirente de bienes hipotecados*, Valencia, 2002, pp. 117-127), amén de las propias en nuestro *Derecho o carga real*, cit., pp. 390, 391, 450-452.

⁶⁹ Entre otros textos (vgr., D. 20.6.12.1, de Paulo), tal vez sea destacable la Novela 4.2 de Justiniano, sobre el «tercer poseedor», en su remisión al capítulo primero sobre el fiador antes indicado.

⁷⁰ Que decía en su última frase, que es la que aquí importa: «*Otrosi dezimos, que estando un ome en tenencia alguna cosa, e demandandogela otro alguno, diziendo que a el fuera empeñada; si este que es tenedor della, quisiere luego pagar lo que deuia auer aquel que hizo la demanda, deuelo el otro recibir, maguer non quiera. Ca, pues que le pagan aquella debda que auia sobre la cosa, non le finca otro derecho ninguno. Ante dezimos, que aquel derecho que el auia sobre ella por razon de aquella debda, ante que fuesse pagada, que lo deue otorgar al otro que gelo pago, si gelo demandare*». Y añadía G. LÓPEZ, en su Glosa núm. 4.º, «*et debet cedere tam personalem, quam hypothecariam, ut ibi habetur*».

anacrónico de la expresión— en el crédito satisfecho; era algo parecido al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del fiador, cuando nada tenían, ni tienen, que ver ambos sujetos. Tal vez por esa tradición, el artículo 1117, en sus números 5.º y 6.º, y, reiterándolo innecesariamente, el artículo 1815 Proyecto CC-1851 recogieron tal caso como otro más de subrogación legal, para dejar bien claro que ya no se trataba de un beneficio dependiente de la voluntad del acreedor⁷¹. O sea, algo parecido a la necesaria aclaración que para el fiador supuso el artículo 1753 Proyecto CC-1851 (el actual 1839 CC), ya entonces contenido en el más general artículo 1117.3.º (el actual 1210.3.º CC). Finalmente, sin embargo, no habrá rastro alguno de aquellas normas específicas sobre la subrogación legal por pago del tercer poseedor de bien hipotecado, tal vez porque al dictarse el CC-1889 el artículo 105 RH-1861⁷² (mantenido en el RH-1870) hacía referencia a tal cuestión (cuando aún la hacía ya la citada Ley de las Partidas). Pero, ¿qué sucedió después, cuando ya desaparece esa norma reglamentaria; acaso, entonces, fue tal silencio negativo, excluyente del tercer poseedor del ámbito del artículo 1210 CC? No. La supresión del artículo 105 RH en el nuevo RH-1909 se debió a que siendo el RH norma adjetiva o registral, no había de inmiscuirse en cuestiones sustanciales relativas a derechos personales, que, precisamente, ya estaban contempladas en el artículo 1210⁷³. La razón formal de su no expresa inclusión en el 1210.3.º es, recuérdese, estilística: la concisión y sencillez que impregna a todo el CC. Y la razón sustancial de la lógica inclusión del tercer poseedor en el 1210.3.º es bien sencilla: el tercer poseedor es un tercero (no deudor, ni responsable), facultado para el pago, aunque no como pueda estarlo cualquier *poenitus extraneus*; aquél

⁷¹ Y así también antes los artículos 1728 y 1925 Proyecto CC-1836. En cuanto al Proyecto CC-1851, decía en su artículo 1117: «La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 5.º Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su disposición.(...) 6.º Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenencias á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas...». Y reiteraba su artículo 1815: «El tercer poseedor que paga al acreedor se subroga plenamente en su lugar». De esta última norma dirá LUZURIAGA (IV, p. 209), que «la doctrina general acerca de la subrogación de las obligaciones está aplicada en el artículo 1815, que en rigor pudiera haberse escusado con lo dispuesto ya en el 1117». RUBIO GARRIDO (cit.); y BERCOVITZ (cit.), también aluden al caso del hipotecante no deudor refiriéndose al artículo 1117 Proyecto CC-1851, mas en él no aparece literalmente tal caso.

⁷² Que decía: «Si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor, y podrá exigir su reembolso al deudor, si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca».

⁷³ Así, MORELL Y TERRY (IV, pp. 63, 151-153). Y luego insistirá en ello ROCA SASTRE (como nos recuerda CLEMENTE MEORO, M. E., «El tercer poseedor de los bienes hipotecados como tercero adquirente», en RGD, 1992, p. 11297, nota 88).

está especialmente interesado en el pago, precisamente para eludir la venta en subasta pública del inmueble de su propiedad. A dicha norma, de alcance general, puede sumarse una reciente norma también general sobre el tercer poseedor, el artículo 659.3 LEC, y el más antiguo artículo 867.II CC, aún vigente, que sin ser norma singular, sino expresión de la regla general del 1210 CC, se refiere a un caso particular de tercer poseedor (el del legatario de cosa hipotecada). Y si del tercer poseedor hay que predicar la subrogación legal por pago, ¿cómo cabe negarla al hipotecante no deudor? Éste, como aquél, es tercero por ser ajeno a la deuda y a la responsabilidad, pero es constituyente de la hipoteca, titular del inmueble hipotecado, a la vista de todo lo cual es también un tercero interesado en el pago, para así evitar la ejecución del inmueble de su propiedad. Habrá, pues, de aplicarse igualmente el artículo 1210.3.º CC sin necesidad de recurrir al artículo 1839.I CC.

Tampoco es necesario aplicar por analogía al tercero hipotecante el artículo 1839.II CC, que, referido a la transacción (recuérdese el 1835 CC, en el epígrafe II.1), se fundamenta particularmente en evitar el enriquecimiento injusto del fiador, lo que también subyace en cualquier caso de subrogación por pago de tercero (cfr., arts. 1213 y 1528 CC)⁷⁴.

Y siendo innecesario aplicar los artículos 1838 y 1839 CC al hipotecante no deudor, tampoco es necesario por lógica aplicarle el artículo 1840 CC. La hipótesis que plantea el artículo 1840 CC habría de limitarse al caso de hipoteca prestada por tercero, al menos, con conocimiento del deudor, no ya si éste ignora tal garantía (cfr., arts. 1158 y 1159 CC), y sólo para el caso de pago hecho por el hipotecante fuera de cualquier procedimiento ejecutivo, pues de hacerlo dentro de uno cualquiera, no parece posible que el deudor pueda ignorar de buena fe tal pago ante la exigencia de que ambos son intervinientes en dicho proceso al ser ambos requeridos de pago [cfr., los recientes arts. 683.1, 685.1, 686 LEC, ya antes, el art. 126.I *in fine* LH, y el art. 236.c).1 y d).1 RH, preceptos estos últimos que, aunque literalmente referidos al tercer poseedor, por su propia lógica, la de atender a la diversa personalidad del deudor y del titular del bien hipotecado, son igualmente aplicables al tercero hipotecante]. Añádase a ello, en cualquier caso, la dificultad

⁷⁴ Así, GUILARTE ZAPATERO (pp. 165 ss.). Ya lo decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 158), comentando su precedente, el artículo 1753.II Proyecto CC-1851: «Si es justo que el fiador tenga una completa indemnización, también lo es que no se enriquezca á la sombra de la fianza por la sola disposición de la ley». Incluso así lo evidenciaba el añadido final del artículo 1753.II Proyecto-1851, que hoy no tiene el 1839.II: «*Sin embargo, si —el fiador— ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor mas de lo que realmente haya pagado, a menos que el acreedor le haya hecho cesion espresa del resto*».

de paralizar la ejecución, judicial o notarial, hipotecaria iniciada (véase del epígrafe III.2 el comentario al art. 1853 CC, al que ha de conectarse este art. 1840 CC)⁷⁵. Mas ni siquiera para el caso que contempla el artículo 1840 CC resulta necesario aplicarlo al tercero hipotecante. Para empezar, el artículo 1840 CC no impone en su primera parte ningún deber especial, ni singular en sentido técnico, sino un simple deber, o carga según muchos, de diligencia media para el fiador que quiera asegurarse, sin riesgo, la subrogación por pago y, en su caso, el reembolso, al margen de que haya prestado la fianza con o sin conocimiento y voluntad del deudor. Por eso, si el fiador paga sin oponerse al pago habiendo razón para ello (cfr., art. 1853 CC), tal oposición lógicamente podrá serle hecha por el deudor cuando aquél se subrogue en la posición del acreedor, pues el pago ha sido inútil y no puede perjudicarlo; y ello aunque antes del pago el fiador comunicase, o no, el hecho del pago al deudor. Es mero efecto general de la subrogación legal por pago, de que el fiador reemplace tras el pago al acreedor en el crédito con sus mismas condiciones. Por eso, tal régimen es predicable de cualquier garante, e incluso de cualquier tercero que pague una deuda ajena (cfr., arts. 1158.I y 1159 CC)⁷⁶.

Y por eso, tampoco es necesario aplicar el artículo 1841 CC al hipotecante no deudor para llegar a la misma solución que dicha norma, introducida por mera inercia histórica⁷⁷, propone. Porque, hoy, ahí están, con alcance general y como fundamento lógico del 1841 CC, las normas sobre obligaciones condicionales, a plazo y sobre pago anticipado (arts. 1118 ss CC), sin que al respecto nada nuevo añada el artículo 1841 CC⁷⁸, ¿o es que acaso, vgr., esta

⁷⁵ Por eso, para CORDERO LOBATO (p. 250), «sólo se aplicaría el artículo 1840 CC en procedimientos distintos al judicial sumario» [y al procedimiento notarial, habría que añadir *ex* artículo 236.c).1 y d) RH]. Mas, en verdad, no existen tales hipótesis ejecutivas: al haber hipoteca dada por tercero, de querer el acreedor ejecutarla, no tendrá más opciones que los procedimientos ejecutivos judicial y notarial hipotecarios. Los demás (el declarativo y el ejecutivo ordinario) sólo podrá dirigirlos contra el deudor, pudiendo sólo versar el ejecutivo ordinario contra el bien hipotecado cuando el propio deudor sea hipotecante y titular del bien hipotecado en el momento ejecutivo.

⁷⁶ CASANOVAS MUSSONS (p. 3), fundamenta en general el 1840 en los artículos 1158, 1159 y 1210 CC. Y si se apura, también en el 1840 se vislumbra la idea de accesoriedad y, más ampliamente, la del *neminem laedere*, como luego veremos al tratar el 1842 CC.

⁷⁷ Ya la frase final de la Ley 16, tít. 12, p. 5.^a, decía: «*Pero si acaeciessse que –el fiador– lo pagasse ante del plazo, non lo pueden demandar fasta el día que señalaron para pagarlo*». Y así antes muy diversos textos del Digesto (aunque desde Goyena la doctrina sólo cita el D. 17.1.22.1, de PAULO, también se observa igual régimen en otros textos, vgr.: D. 46.1.31, de ULPIANO; D. 17.1.29, de PAULO; D. 17.1.51, de JAVOLENO).

⁷⁸ Así, Q. M. S. (p. 637); MANRESA (p. 323); y siguiéndole GUILARTE ZAPATERO (p. 233), quien estima innecesario el artículo 1841 CC, llegándose a su solución aunque tal norma no existiera. Del artículo 1756 Proyecto CC-1851 (prácticamente igual al actual art. 1841 CC), se limitaba a decir GARCÍA GOYENA (IV, p. 160) que «el fiador no puede por su simple voluntad hacer peor la condición del deudor».

norma es singular e impide, por no preverlo, que el fiador reclame al acreedor lo pagado si ignoraba el plazo (art. 1126.II CC)? No. Por eso, si cabe predicar idéntica solución para el hipotecante no deudor lo es por aplicación de aquellas reglas generales sobre obligaciones, sin necesidad de acudir al artículo 1841 CC⁷⁹.

Por su innecesariedad, tampoco el artículo 1842 CC es analógicamente aplicable al tercero hipotecante, pues a igual solución se llega acudiendo a normas más generales sobre pago, subrogación y enriquecimiento injusto (cfr., arts. 1158, 1159, 1527, y 1895 ss. CC⁸⁰)⁸¹. Ciertamente, el artículo 1807 Proyecto CC-1851, sobre hipoteca, se remitía al artículo 1755 Proyecto CC-1851 (correspondiente a los actuales arts. 1840 y 1842 CC), sobre fianza, mas no por una supuesta analogía entre ambas garantías. Como decía Luzuriaga (IV, p. 205), aquel 1807 era «conforme con los principios reconocidos y practicados universalmente», advirtiendo García Goyena (IV, p. 159), acerca del 1755, que «el fiador no puede por su culpa menoscabar los derechos e intereses del deudor». Lo mismo puede decirse del 1842 CC vigente, cuya solución es tan lógica, por adecuarse a los principios generales, que sería tal aunque no existiese el artículo 1842, que en su momento fue necesario para dejar bien claro que, en la hipótesis que plantea la norma, el fiador puede dirigirse, por derecho propio y automáticamente, contra el acreedor sin necesidad de cesión de acción alguna por parte del deudor (como, en cambio, sucedía en el Derecho Roma-

⁷⁹ Así, CARPI (p. 180, nota 289).

⁸⁰ Tal es el fundamento del 1842 CC (o de su correlativo foráneo) según la común opinión (*vid.*, por todos, PUIG BUTAU, p. 611). No obstante, hay quien niega hasta la idea misma de cobro de lo indebido y de enriquecimiento injusto, para entender, al modo romano, que lo que hay es una acción de repetición por la que el fiador se subroga en la posición del deudor (así, RAVAZZONI, en *NssDI*, p. 291); se olvida con ello de que el fiador pagó debidamente, pues cuando pagó era deudor y la deuda era ya exigible. A la idea del enriquecimiento injusto como razón del 1842 CC se une otra, también lógica, de agilidad y celeridad, tendente a evitar un circuito innecesario de reclamaciones. Por eso no parece del todo acertada la explicación de LAURENT (T. 28, p. 251), a quien parece seguir LACRUZ (p. 352), para quien el artículo 2031 CC francés (nuestro 1842 CC) es norma especial, derogatoria del régimen común, pues conforme a éste sería el propio deudor, que como segundo pagador es quien hizo el pago indebidamente, el que debería repetir contra el acreedor. *Ex* artículo 1527 CC no parece que deba hablarse de pago indebido y, además, no queda resuelta la posición del fiador, que es deudor accesorio, ¿o acaso debería éste dirigirse contra el deudor? El deudor contra el acreedor, el fiador contra el deudor. ¡Demasiadas y enrevesadas acciones! En cualquier caso, en lo que aquí importa, de admitirse la explicación de Laurent, habría de concluir que tampoco tal norma es aplicable al tercero hipotecante, en este caso por la excepcionalidad de la norma.

⁸¹ En cambio, mas sin alegar razón, LALAGUNA (p. 84); y CORDERO (p. 250), dicen que sí le es aplicable el artículo 1842. En Italia, acerca del artículo 1918 CC-1865 (nuestro 1842), decía PALUMBO (p. 54) que sí es aplicable al tercero hipotecante, «ma non giá per la nota assimilazione, ma perché si fondano su un concetto di colpa nel pagamento». En caso de admitirse tal aplicación, la hipótesis que el 1842 CC aborda habría de limitarse al caso de hipoteca antes indicado sobre el artículo 1841 CC. Así, en cierto modo, lo advierte CORDERO (*cit.*), refiriéndose a los artículos 1840 y 1842 CC.

no con la *conditio indebiti*, prevista –sólo– en sede de mandato)⁸². Buena prueba de que el artículo 1842 CC no añade nada nuevo a las normas sobre pago, subrogación y enriquecimiento injusto, es la solución que habría de darse a la hipótesis opuesta a la que dicha norma contempla: ¿*quid* si prestada la fianza sin conocimiento del deudor es éste quien primero paga y luego repite el pago el fiador? La hipótesis no es contemplada por el artículo 1842, pero cabe su solución por aplicación del régimen general sobre el cobro de lo indebido: el deudor paga correctamente, mas no ya luego el fiador, quien paga indebidamente, cobrando también indebidamente el acreedor; contra éste, pues, habrá de dirigirse el fiador⁸³.

III. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPO- TECANTE NO DEUDOR POR SU EXCEPCIONALIDAD

1. EL FAVOR FIDEIUSSORIS, ¿Y EL FAVOR PIGNERATORIS? LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1843, 1851 Y 1852 CC.

Sabiendo que ninguna norma excepcional o singular y que ningún privilegio son aplicables por analogía (art. 4.2 CC), por principio no pueden resultar aplicables al tercero hipotecante aquellas normas de la fianza que así lo sean, entre las que destacan las que se inspiran en el llamado *favor fideiussoris*⁸⁴.

No es extraña, sin embargo, la consideración en parte de la doctrina de que muchas de las normas sobre fianza protectoras del

⁸² Así lo advertían y explicaban, ESCRICHE, J. (*Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, pp. 695 y 696), para quien lo equitativo era permitir esa repetición sin necesidad de cesión de acciones. Como precedente del artículo 1842 CC, desde García Goyena suele citarse el D. 17.1.29.1, pero también puede verse en otros; vgr.: D. 17.1.8, §§ 7 y 8, de ULPIANO.

⁸³ También era esa la solución conforme al Derecho Romano y a las Partidas, según lo visto más arriba. Y si la fianza se prestó con conocimiento del deudor, la solución según D. 17.1.29.2, de PAULO, era que el fiador tenía la acción de mandato contra el deudor para reembolsarle de la suma pagada, subrogándole en su acción contra el acreedor (así, para lo dicho en esta nota, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, p. 67; ESCRICHE, p. 695; SÁNCHEZ ROMÁN, III, p. 921). Aunque, lo que no se dice es que luego el deudor podría dirigirse contra el acreedor. Más ágil, y más reflejada –creemos– en la codificación, nos parece la solución de POTHIER (II, p. 236), para quien en caso de doble pago al acreedor, haya pagado primero el deudor o el fiador, y se trate de fianza con consentimiento del deudor o sin su conocimiento, siempre hay cesión –presumida por los usos franceses, dice– de la acción de repetición del deudor al fiador.

⁸⁴ Así lo dicen, con alcance general, RAVAZZONI (GI, p. 474); y CICERO (p. 434).

fiador, expresivas y fundadas en el *favor fidejussoris*, derivan del carácter accesorio de la fianza⁸⁵. De admitirse tal fundamento, ello llevaría lógica pero erróneamente a aplicarlas, por analogía o por extensión, al hipotecante no deudor⁸⁶.

Que en sede de fianza rija el *favor fideiussoris* se explica no tanto por la accesoriedad, al menos aisladamente considerada, sino más bien por la naturaleza jurídica de lo accesorio, la fianza, por ser ésta garantía personal: aunque la garantía real sea más eficaz para el acreedor, la garantía personal es más comprometedora, supone mayor «sacrificio» —dice Ravazzoni (cit. arriba)— para el garante, en nuestro caso para el fiador, que la garantía real, pues éste no se limita a vincular un bien en garantía del pago de una deuda ajena, sino que él mismo se convierte en deudor, aunque accesorio, y responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio. De ahí que, al ser deudor y responsable, el llamado *favor fidejussoris* no sea más que un trasunto para la fianza del más general *favor debitoris*. A ello probablemente se sume, como su fundamento, el viejo dicho popular aún hoy empleado de «*fiá y pagarás*»⁸⁷.

Por eso, el tercero hipotecante, que se «sacrifica» menos que el fiador, no merece ese trato de favor. Resultaría incluso *contra naturam* aplicar aquellas normas de la fianza al hipotecante que, no en vano, no debe, ni responde *stricto sensu*, y que, en cualquier momento, puede convertirse en auténtico tercero transmitiendo el bien hipotecado. Además, aquel trato de favor iría contra la intrínseca utilidad práctica de la hipoteca, no tanto para el hipotecante, sino para el acreedor. Recuérdense lo dicho *supra* (en el epígrafe I) sobre la necesidad de mantener vigorosa la hipoteca en aras del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario en general, todo lo cual hace absurdo pensar en un pretendido *favor pigneratoris* correlativo en materia de hipoteca al *favor fideiussoris*. Más aún. En esa dimensión práctica, aplicar aquellas normas excepcionales protectoras del fiador al tercero hipotecante se contradiría con la tendencia opuesta que en los últimos tiempos rige para la fianza. Como destaca el propio Carrasco Perera (y otros, pp. 196 y 197), hoy es muy común, por un lado, que la propia jurisprudencia haya restringido muchas veces a favor del acreedor la aplicación de aquellas normas (vgr., arts. 1843, 1851, ...), y, por otro, la existencia de garantías personales atípicas, que han surgido en la práctica, entre otras razones, para precisamente «huir» —dice Carrasco— de tales normas y mejorar así la condición del acree-

⁸⁵ Vid., por todos, RAVAZZONI (en su *Monografía*, pp. 2-84, y en *NssDI*, p. 277).

⁸⁶ Como así opina buena parte de los partidarios del «fiador real», según indicamos ya en el epígrafe I (AZPITARTE, p. 76; BELUCHE, pp. 1-3 y 9-11; PANTALEÓN, p. 4; CARRASCO PERERA y otros, pp. 478-481).

⁸⁷ D. 3, 3, 42.2. *Vulgo fertur, qui fideiubet, solvit*, decía CUIACIUS (*Opera*, T. V, Nápoles, 1758), tomado de LAURENT (núm. 153) y de SÁNCHEZ ROMÁN (p. 910).

dor. ¿Cómo entonces concordaría esa huida convencional en materia de fianza con el intento por parte de la doctrina de llevar al hipotecante no deudor aquellas normas del fiador, cuando la hipoteca, eminentemente *pro* acreedor, no necesita de suyo huir a ninguna parte?

Es verdad que en materia de hipoteca a veces nuestro Derecho dispensa un trato de favor, pero no lo hace en beneficio del tercero hipotecante, ni de forma caprichosa, sino en el del llamado «tercer poseedor» por ser ajeno, no sólo a la deuda como lo es también el tercero hipotecante, sino por serlo además a la constitución de la hipoteca, y para así fomentar el tráfico jurídico inmobiliario (cfr., arts. 112 a 115, 120 y 121 LH –con la exclusión, tal vez, del art. 126.2 LH, sobre el desamparo, que bien puede concederse al tercero hipotecante, no por un supuesto *favor pigneratoris*, sino por la naturaleza meramente procesal de dicho desamparo y su finalidad simplemente «honorable» que en nada obstaculiza la ejecución–)⁸⁸.

⁸⁸ Sobre la figura del tercer poseedor, y su distinción frente al tercero hipotecante, nos remitimos a lo dicho en nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., especialmente pp. 318-327. Muy destacables al respecto son la obras, ya citadas, casi simultáneas a la nuestra de CLEMENTE MEORO; DÍEZ GARCÍA; y de CASTILLO MARTÍNEZ. Aquí en nota, por ser cuestión debatida en la que discrepamos de la posición dominante, sólo abordaremos lo relativo al desamparo del 126.2 LH en favor del tercero hipotecante, como así lo defienden SANZ FERNÁNDEZ (pp. 450 y 451); CÁNOVAS COUTIÑO («El abandono en la hipoteca», en *AAMN*, 1952, pp. 108 y 109); CABELLO DE LA SOTA, P. («El abandono en la hipoteca», en *RCDI*, 1948, pp. 146, 159 y 161); y Luis MORENO QUESADA (pp. 186 y 187). Superadas ya viejas disputas, originadas por la letra de algunos Códigos (como el francés que habla de «*délaissement*» en sus arts. 2172 a 2174, o el italiano que habla de «*rilascio*» en sus arts. 2858 ss., y antes en los arts. 2013 ss. *Codice*-1865), y aunque pudiera tildarse de anacrónica, por rememorar tiempos en que para la «ejecución hipotecaria» era imprescindible la entrega del bien hipotecado a manos del acreedor, la facultad de desamparo, como así, correctamente, la denomina desde hace tiempo nuestro Derecho (en el art. 126 LH y, antes, vgr., en las Partidas), ha de ser reconocida a favor del tercero hipotecante, no porque, como el tercer poseedor, sea ajeno a la deuda hipotecaria, sino más bien por la naturaleza meramente procesal y por la finalidad simplemente «honorable» de la facultad de desamparo: ante todo, conforme a la común opinión actual, el desamparo no supone estricto abandono liberatorio, ni verdadera renuncia, ni abdicativa ni traslativa, aunque el bien se deje, *ex* artículo 126.II *in fine* LH, en poder del deudor, a modo de administrador y representante forzoso. Antaño, sin embargo, creían que el desamparo era verdadera renuncia o abandono, autores como GARBAGNATI, E., «L'esecuzione forzata immobiliare contro il terzo possessore e il suo soggetto passivo», en *RDP*, 1936, pp. 129 ss.; o PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pp. 215-217. Pero, en realidad, no implica renuncia a la titularidad del bien hipotecado, ni siquiera a su posesión, sino simple cesión de la administración del mismo a los solos efectos ejecutivos. No en vano, en el transcurso de la ejecución, el titular del bien, como prueba de que lo sigue siendo, puede disponer del mismo (cfr., el actual art. 662.1 LEC, que deroga y suple al antiguo art. 134.I LH –por cierto, mejorándolo–), o puede aún pagar la deuda garantida, evitando así la ejecución y recuperando el bien hipotecado; y si no hace nada de ello llegando la ejecución a su culmen, de haber al final remanente, éste será, precisamente, para el titular que desamparó su bien en la ejecución (antes, art. 223 RH, ahora, art. 692 LEC). La *natura*, pues, del desamparo no obsta a su concesión para el hipotecante no deudor. Y no se diga, como suele decirse en contra, que no cabe concederle tal facultad porque se llegaría al absurdo de dejarse el bien en manos del deudor, que nunca fue dueño del bien hipotecado. Se olvida otro posible absurdo, que lo será, por supuesto, para quien de esa forma opine: si la hipoteca fue dada por tercero y éste luego transmite el bien hipotecado a un tercero, ¿acaso será también absurdo que el tercer poseedor desampare dicho bien en la ejecución dejándolo en manos del deudor? Pues no creo que a nadie se le ocurra el absurdo, éste

Así las cosas, una de tales normas que por fundarse en el *favor fideiussoris* es excepcional y, por tanto, resulta inaplicable al hipotecante no deudor es el artículo 1843 CC, sobre relevación y cobertura; a salvo queda el caso del artículo 25 Reglamento Notarial, que sí es aplicable al hipotecante no deudor por emplear latamente la palabra «fianza» (de fianza sobre finca, habla). Múltiples y variopintas justificaciones se han dado del artículo 1843, y de sus correlativos foráneos, siendo muy probable que todas, o casi todas, ellas lleven parte de razón por la propia variedad de casos que en el propio artículo 1843 CC se contemplan. Es incluso muy probable también, como sostienen muchos, que la razón fundamental, o cuando menos la más presente en la mayoría de casos, de dicha norma, atendido su segundo párrafo, sea proteger la indemnidad, la acción de reembolso especialmente, del fiador ante la posible insolvencia del deudor⁸⁹. Aún admitiendo ello así, no deja de ser el ar-

sí, de creer que en tal caso el bien habría de ser puesto en administración del antiguo dueño hipotecante. No será así, porque él no será parte en el proceso ejecutivo. Precisamente, por eso el artículo 126.III *in fine* LH ordena la administración al deudor, porque, con total seguridad, él siempre será parte del procedimiento ejecutivo, como requerido de pago al ser deudor, aun cuando no sea titular del bien hipotecado, y siempre estará interesado en que el precio de la subasta sea lo suficiente como para cubrir la deuda. Por otra parte, y a la vista de lo dicho, la concesión de la facultad de desamparo, que supone poner el bien hipotecado en administración del deudor para así proseguir con su ejecución, en nada perjudica al acreedor, pues aquel desamparo, lejos de ser estricta oposición, no retrasa ni suspende la ejecución hipotecaria. Por eso, también cabría el desamparo en el juicio ejecutivo hipotecario, pues, no en vano, los artículos 695 ss. LEC, como antes lo hacía el artículo 132 LH, no incluyen el desamparo como causa tasada de oposición, ni de suspensión de aquél. Siendo, pues, totalmente inocua la facultad de desamparo, ¿por qué no concederla también al hipotecante no deudor? Tal inofensividad del desamparo era ya advertida por la EM LH-1861, diciendo que «*como –el tercer poseedor– sufre en toda extensión el rigor de la ley cuando el deudor no paga, justo es compensar esta desventaja con la facultad de desamparar la cosa hipotecada, y mucho mas cuando ningun perjuicio verdadero se sigue á los acreedores por el desamparo, porque el precio del remate de la finca es la mejor expresion de su valor verdadero, que es á todo lo que pueden aspirar, y todo lo que esperaron los acreedores*». Casi reproduciéndola, así también lo advertían GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (p. 418). Y casi puede decirse que todos ellos reproducen lo que ya decía LUZURIAGA (IV, p. 208), para justificar la concesión de la facultad de desamparo *ex* artículo 1810 Proyecto CC-1851: «*siendo el precio de un remate –decía Luzuriaga– la expresion mas genuina de la justa estimación, parece que no se causa perjuicio á los acreedores; y por otro lado, justo es que, asi como el tercer adquirente sufre el rigor de la ley cuando no puede pagar, tenga la facultad de desapropiarse voluntariamente los bienes gravados*». Añádase a ello, por último, que en el desamparo, como su *ratio*, subyace una simple cuestión de honor, la de evitar el descrédito de aparecer como ejecutado y sufrir en público sus consecuencias. ¿Por qué, entonces, de nuevo, no concederla al hipotecante no deudor?

⁸⁹ Así, sobre el artículo 2032 *Code*, LAURENT (pp. 160, 161 y 268); CABRILLAC y MOULY (pp. 176 ss.); sobre el artículo 1919 *Codice*-1865, PALUMBO (p. 55); sobre el artículo 1953 *Codice*-1942, RAVAZZONI (*NssDI*, p. 287, y en su monografía, pp. 163 ss.); MASSIDA, C. F. («Fideiussione», en *EG*, XIV, p. 9); y sobre nuestro artículo 1843 CC, MANRESA (XII, p. 314 ss.); CASTÁN (p. 788); siguiéndole DE ROVIRA (*NEJ*, p. 703); DíEZ-PICAZO (p. 438); PUIG BRUTAU (p. 608); GUILARTE ZAPATERO (pp. 241 y 242); CASANOVAS MUSSONS (pp. 114, 115, 193 y 194); ALONSO SÁNCHEZ (pp. 156, 157 y 167); PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (*Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 264); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 277 y 278). Claramente, por su parte, conecta la relevación con el reembolso la Ley 530 Fuero Navarro. Algunos de estos autores no sólo alegan como fundamento del artículo 1843 CC el regreso del 1838 CC, sino también la subrogación del artículo 1839

título 1843 CC una norma singular fundada en la equidad, en el *favor fideiussoris*⁹⁰. Lo demuestra que el artículo 1843 no tenga parangón general para el reembolso del tercero que paga, que la medida de favor del artículo 1843 CC lo es del fiador frente al propio deudor, no contra el acreedor⁹¹, que es ante quien se obliga, y que opere antes de realizar el pago, protegiendo así, como algo singular, no un derecho, sino una simple expectativa⁹². También muestra esa excepcionalidad el hecho de que la norma sea, según la común opinión, de interpretación restrictiva y de que, por ende, no se aplique a otros casos diversos de los que taxativamente se comprenden en ella, lo que evidencia que la norma no es consecuencia, ni siquiera natural, del posible regreso del fiador, pues de serlo habría de aplicarse dicho 1843 a cualquier otro caso de posible insolvencia del deudor o en general de posible perjuicio para el fiador, lo que no sucede, sobre todo a la vista de sus precedentes, próximos (vgr., art. 1757 Proyecto CC-1851, que comprendía más casos) y remotos (vgr., el Derecho romano, el Fuero Real o las Partidas)^{93 94}.

CC, aunque tal vez, como advierten otros de los citados, ésta ya cuente, como veremos, con suficiente protección especial en el artículo 1852 CC, que dispensa protección al fiador frente al acreedor, no frente al deudor como en cambio hace el artículo 1843 CC.

⁹⁰ Así, de los citados ya en nota anterior, LAURENT; MASSIDA; MANRESA; PÉREZ ÁLVAREZ; ALONSO SÁNCHEZ; y también PETTI (p. 78).

⁹¹ En cambio, para CASANOVAS MUSSONS (p. 183), la «excepcionalidad –del art. 1843 CC– no radica en que el fiador pueda dirigirse contra el deudor, sino en el no mantenimiento de la obligación del deudor hasta la liberación del deudor principal (excepción –pues– al art. 1847 CC)».

⁹² Así, refiriéndose al artículo 2032 CC francés, LAURENT (pp. 261, 262 y 265); BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 579); SIMLER y DELEBECQUE (p. 145). En España, CASANOVAS MUSSONS (pp. 114, 115, 193 y 194); y su discípula ALONSO SÁNCHEZ (pp. 156, 157 y 167). Para CARRASCO PERERA (y otros, p. 70), el artículo 1843 CC se fundamenta en la *causa intercedendi*, no en la *causa solvendi*, de la fianza: el fiador intercede por la deuda ajena y presta su garantía, al margen de que pague o no. Por eso, el artículo 1843 CC se refiere a la actuación del fiador antes del pago.

⁹³ «*Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet: fideiussor an, et priusquam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper ex spectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur; si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione conveniat*» (D. 17.1.38.1, de MARCELINO). Por su parte, la Ley 8, Tít. 18, Libro 3, del Fuero Real, bajo la rúbrica «*En qué casos puede el fiador pedir ser sacado de la fianza*», comprendía cuatro casos: «*El que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quite de la fiadura ante que la peche, fueras si aquel por quien fió comenzáre de malmeter; ò de enagenar lo suyo, ò si le fuere mandado por juicio, que lo pague, ò si fuere el plazo pasado à que lo hobo de quitar, ò si la fiadura no fuere fecha à plazo, è la no quitáre fasta un año*». Y, por último, destaca la Ley 14, Tít. 12, P. 5.^a, que sin necesidad de reproducirla por su extensión, resume GARCÍA GOYENA (IV, p. 161) –y así también SIÑÉRIZ (p. 102)–: «pone cinco casos, cuya mayor parte coincide en el fondo con este artículo –el 1757 Proyecto CC-1851, que es más amplio, veremos en la siguiente nota, que el actual 1843 CC–: 1.º Si el fiador fuese ya condenado á pagar; 2.º Si dura ya mucho tiempo en la fianza; la graduacion de esto queda al arbitrio del juez; 3.º Cuando el fiador, viendo que llega el plazo, quiere pagar para no incurrir en la pena, y, reusando –sic– el acreedor recibir el pago, consigna la suma; 4.º Cuando se constituyó fiador hasta cierto día, y este pasó; 5.º Cuando el deudor comienza á desgastar sus bienes».

⁹⁴ De esa confrontación histórica y de la propia comparación sistemática del artículo 1843 con el 1831, que ya hacía García Goyena sobre sus concordantes del Proyecto CC-1851, tam-

Parece, pues, bastante con lo dicho para negar (*ex arts. 3.2 y 4.2 CC*, y con las SSTs de 26 de mayo de 1950 y de 6 de octubre de 1995) que el singular privilegio concedido por el artículo 1843 CC sea aplicable al hipotecante no deudor⁹⁵, siendo innecesario

bién podría desprenderse la conexión del beneficio de relevación o cobertura con la posible carencia del beneficio de excusión (cfr., art. 1843, números 2.º y 4.º, y arts. 1831, números 3.º y 4.º, 1832 *in fine* y 1833 CC). En el artículo 1757 Proyecto CC-1851 (nuestro vigente 1843), se añadía un caso, el núm. 3.º, que, bien es cierto, hoy no recoge el 1843: «*Si hay temor de que se fugue ó quiere dejar el Reino*»; y lo justificaba GARCÍA GOYENA (IV, p. 161), porque en tal caso el fiador carecía del beneficio de excusión *ex artículo 1744.4.º Proyecto (vigente 1831.4.º CC)*. Incluso en el caso núm. 4.º del actual 1843 se observaba la conexión entre relevación y excusión en el correlativo, pero más amplio, núm. 5.º del artículo 1757 Proyecto-1851, que decía: «*Cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá también –el fiador– recurrir al acreedor para que proceda contra el deudor, ó contra el mismo fiador; admitiéndole el beneficio de excusión (...) Si el acreedor es moroso en proceder después del requerimiento, el fiador no responderá de la insolvencia posterior del deudor*». Y decía GOYENA (IV, p. 162) que tal norma se mostraba conforme al 1746 (el vigente 1833). Hoy, también conecta ambos preceptos, para entender que el 1843 sólo tiene sentido, auténtica utilidad, cuando en la fianza no cabe la excusión, GUILARTE ZAPATERO (p. 297).

⁹⁵ Resulta curioso, cuando no contradictorio, que muchos de los que tras afirmar el carácter excepcional del artículo 1843 CC, o de su extranjero concordante, y que su fundamento es la equidad afirman luego su aplicación al «fiador real» por fundarse aquellas normas y la equidad que en ellas se vislumbra en la expectativa de regreso, que también tiene este otro fiador. Así, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 579); SIMLER y DELEBECQUE (p. 155); en Italia, GORLA (1935, p. 101, y 1985, p. 394); siguiéndole, PALUMBO (pp. 55-57), aunque advirtiendo que no es aplicable al tercero hipotecante el núm. 5.º del 1919 CC italiano-1865, similar al núm. 5.º de nuestro 1843, porque el hipotecante puede precaverse fijando un término para la extinción de la hipoteca –pero, ¿acaso no lo puede hacer también el fiador?–; siguiendo a Palumbo, MORENO QUESADA, L. (pp. 150 y 151), añadiendo, como otra razón, que el tercero hipotecante no tiene beneficio de excusión, lo que, si bien es cierto según veremos en el epígrafe VI, no exige compensación ninguna; CAMY (p. 417); AZPITARTE (pp. 109 y 110); CORDERO (pp. 242-244); BELUCHE (pp. 22-25); PANTALEÓN (p. 9); CARPI (pp. 138-143); INFANTE (p. 179). Resulta particularmente «curioso» que Beluche, tras negar que el 1843 sea excepcional, pues sólo se funda en razones de equidad (salvaguardar el eventual derecho de reembolso del hipotecante), diga luego que tal norma sí es aplicable al «fiador real». Al negar que es excepcional, «salva» el obstáculo del artículo 4.2 CC; pero al decir que es norma fundada en la equidad, ¿cómo se puede «salvar» el artículo 3.2? Curiosamente también, nadie ha caído en la cuenta de que no se ha creado por el legislador italiano una norma parecida a la del fiador para el hipotecante no deudor. ¿No es tal vacío sospechoso al contrastar con otras normas del tercero hipotecante construidas a imagen y semejanza de las del fiador? En cualquier caso, no siendo suficiente en este punto el Derecho comparado (así lo dijimos en el primer epígrafe), no debemos hacer de tal dato argumento ninguno. En una posición mucho más matizada, ROCA SASTRE (IV-2.º, pp. 111 y 112), decía que el artículo 1843 CC era aplicable al «fiador real», aunque por lógica sólo en dos casos de extinción de hipoteca: ora por expiración del plazo o término, ora por cumplimiento de la condición resolutoria. Mas para tal camino no hacen falta esas alforjas (las del art. 1843 CC), bastando con las de los artículos 1861 CC, 142.II LH y sus concordantes. Frente a aquella posición, favorable a la aplicación analógica del artículo 1843 CC al tercero hipotecante, nos parece más acertada la que lo niega habida cuenta del carácter excepcional de aquella norma. Así, insistentemente, LAURENT (pp. 160, 161, 261 y 265); y también GUILARTE ZAPATERO (p. 448); PETTI (pp. 189 y 190); CICERO (pp. 436 ss.), quien se apoya en las SSTCasación italiano de 13 de abril de 1960 y de 6 de mayo de 1994. También nosotros podemos citar jurisprudencia que niega la aplicación del 1843 CC al hipotecante no deudor; son las SSTs de 26 de mayo de 1950 y, apoyándose en ella, la de 6 de octubre de 1995, para la que incluso basta, con razón, el dato de que el hipotecante no deudor y el fiador no sean análogos (así también le basta a FINEZ RATÓN, J. M., «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor [Estudio del art. 1852 CC]», en *RCDI*, 1993, pp. 50 y 51); pero añade más argumentos, colaterales desde luego, en su Fto. de Derecho 6.º, que no es menester aquí transcri-

detenerse más en ello por la inocuidad de tal norma, pues, aunque se admitiera tal aplicación, sea por analogía o bien por acuerdo (cfr., núm. 3.º del art. 1843 CC)⁹⁶, como sucede con la propia fianza, para que afectase la liberación o la cobertura al acreedor, éste siempre habría de consentir una u otra⁹⁷; lo que tratándose de la hipoteca habría además de contar con reflejo registral (de nuevo, arts. 144 LH y 240 RH, entre otros)⁹⁸.

Muy en conexión con los artículos 1835, 1843 y 1852 CC suele poner la doctrina al artículo 1851 CC, que siendo conforme al Fuero Real⁹⁹, se aparta, en cierto modo, de las Partidas¹⁰⁰, y claramente de todos los demás Códigos de su tiempo, llegando a veces a confundirse por los autores el fundamento de unos y otros: para algunos, que conectan los artículos 1835 y 1851 CC, éste se explica por la accesoriedad de la fianza, por su carácter restrictivo (arts. 1826 y 1827.II CC) y por la eficacia relativa de los contratos¹⁰¹. De admi-

bir, que han sido mayoritaria y agriamente criticados por nuestra doctrina (en primer lugar, por CORDERO, pp. 242-244, a quien siguen haciendo suya tal crítica, CARRASCO PERERA, y otros, pp. 277, 479 en su nota 128, 482 y 483; BELUCHE, pp. 22-25; PANTALEÓN, p. 9; CARPI, pp. 138 ss.). Ciertamente, en sus razones menores no es muy afortunada dicha STS, habiéndole bastado con la diversa naturaleza jurídica de la fianza y la hipoteca (como, en efecto, hace) y con el carácter singular del artículo 1843 CC; aun así, no nos parece merecida esa excesiva crítica hecha por la doctrina, sobre todo en lo que afecta a la crítica consistente en que nada tiene que ver la gratuidad u onerosidad de la fianza con la acción de relevación. No en vano hay quien, aun siendo partidario de aplicar el artículo 1843 CC al «fiador real», elogia a la STS de 1995 porque, en el caso concreto que resolvía, el hipotecante era uno de los socios de la sociedad anónima deudora, esto es, porque se trataba de una hipoteca en interés propio, una hipoteca, en efecto, onerosa (así, con toda la razón, INFANTE, cit.; y ya en general, AZPITARTE, cit., defiende que el art. 1843 es sólo aplicable al hipotecante no deudor cuando éste hipotecó con consentimiento del deudor). Porque, en general, la cuestión, que no es menester abordar aquí, es debatida acerca del propio ámbito de aplicación del artículo 1843 CC, el de la fianza.

⁹⁶ Ya de su correlativo núm. 4.º del artículo 1757 Proyecto CC-1851, decía GARCÍA GOYENA (IV, pp. 161 y 162): «El caso de este número es común á todos los contratos: porque el pacto especial deroga al derecho ó disposicion general, y bastará que la fianza se dé hasta cierto tiempo (si este ha pasado) aunque no haya pacto especial».

⁹⁷ Es otro de los argumentos de CARPI (cit.) para defender la aplicación del 1843 CC al «fiador real»: que tal norma no perjudica al acreedor. En cambio, tal dato es utilizado por la STS de 6 de octubre de 1995 para advertir de la difícil aplicación de la norma hasta para el caso de verdadera fianza.

⁹⁸ Así lo advierte el propio CARRASCO (p. 482), al decir que la aplicación del 1843 al hipotecante no deudor «lo que, verdaderamente, requerirá –es– que la cancelación de la hipoteca sea concedida por el acreedor».

⁹⁹ Es la Ley 10, Tít. 18, Libro 3.º del Fuero Real: «*Si alguno fiáre à otro por alguna cosa pagar, ò facer à plazo, é si ante del plazo, sin otorgamiento del fiador, alongáre aquel plazo, el fiador no sea tenuto de la fiadura: è si no le alongó el plazo, maguer que el deudor al dia no fu demandado quel pagase, el fiador sea tenido de quanto fió*».

¹⁰⁰ Porque en la cuarta causa de la Ley 14, Tít. 12, P. 5.ª (precedente del art. 1843 CC), sobre expiración del plazo para el pago, sólo se permitía que el fiador pidiese o apremiase al deudor para liberarle, mas no se imponía tal extinción.

¹⁰¹ Así, al menos en parte, ESCRICHE (pp. 699 y 700) recordando que «*Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari: consensu fiunt obligationes*» y que «*Nemo ex alterius facto praegravari debet*»; BURON (p. 956); MANRESA (XII, pp. 953 y 954); DE ROVIRA (en NEJ, p. 707); PUIG BRUTAU (p. 616); CASTÁN (anotado por FERRANDIS,

tirse tal conexión también habría que admitir igual solución para el hipotecante no deudor, aunque no por aplicación directa de tales normas¹⁰² (recuérdese lo dicho del 1835 en el epígrafe II.1). Pero no parece convincente dicha explicación: por el principio *res inter alios acta*, la prórroga no llegará a alcanzar al garante, salvo que éste consienta (y así se refleje en el Registro por exigencias de especialidad tratándose de la hipoteca, *ex arts. 20, 144 LH y 240 RH*)¹⁰³. Pero no implica de suyo tal principio que la garantía se extinga, como, en cambio, impone el 1851, sino sólo que al no afectarle al garante tal prórroga, para él la deuda está ya vencida y principia el plazo de prescripción (de la acción personal, y de la hipotecaria en el caso de hipoteca). Si se fundamenta el 1851 en la accesoriedad de la fianza y en su carácter restrictivo, ¿cómo se la puede estimar extinguida cuando la deuda principal aún no se ha extinguido (cfr., art. 1826.II CC)? Caben dos soluciones alternativas: una sería estimar que la obligación afianzada sí se ha extinguido y que ha sido suplida por una nueva; es decir, que la prórroga a la que se refiere el artículo 1851 implica una novación extintiva (parecida a la tácita reconducción, cfr., arts. 1566 y 1567 CC), lo que sería trasladable al hipotecante no deudor, aunque por aplicación directa del artículo 1207 CC (en el cual se fundamenta aquel art. 1567, y que comentaremos al tratar, abajo en el epígrafe IV, el art. 1849)^{104 105}. A ello podría llevar incluso que García Goyena, comentando el artícu-

p. 779); y PEREZ ÁLVAREZ (p. 247), apoyándose ambos en la STS de 31 de enero de 1980; GUILARTE ZAPATERO (pp. 318 y 319). Así también en Francia, aunque es de advertir que allí, *ex artículo 2039 Code*, la consecuencia de la prórroga no es la extinción de la fianza, sino que el fiador pueda forzar al deudor al pago (*vid.*, POTHIER, II, p. 205; CABRILLAC y MOULY, p. 187; SIMLER y DELEBECQUE, p. 126). También en el Derecho romano la fianza se mantenía en caso de prórroga por ser un pacto personal entre acreedor y deudor.

¹⁰² Sí, en cambio, para AZPITARTE (pp. 123 y 124); PEÑA BERNALDO (p. 199), añadiendo además los artículos 1567 y 1207 (a los que luego aludiremos); CORDERO (p. 250); BELUCHE (pp. 13, 14 y 22), aunque ambos niegan la aplicación del 1567 CC, pues en él sí hay novación extintiva, lo que, con razón veremos, no sucede de suyo en el artículo 1851 CC; CARPI (pp. 200-202), añadiendo el artículo 1257 CC; e INFANTE (p. 181).

¹⁰³ Así RDGRyN de 7 de junio de 2001; AZPITARTE CAMY (cit.).

¹⁰⁴ Y que en ambas normas (arts. 1207 y 1567 CC) se hable de obligaciones accesorias, o que incluso el artículo 1740 CC francés (correlativo a nuestro 1567) hable expresamente de fianza, no impide su aplicación al hipotecante no deudor, ni la permite por la analogía entre éste y el fiador, porque todas esas normas se fundamentan en la accesoriedad, al margen de la naturaleza intrínseca de lo accesorio. Recuérdese lo dicho, en general, en los epígrafes I y II.1.

¹⁰⁵ Esto es lo que piensa en Italia la común opinión y la jurisprudencia al negar que el artículo 1957 *Codice*-1942, que ya nada tiene que ver con el antiguo artículo 1930 de 1865, sea aplicable al tercero hipotecante (así, RUBINO, 1956, pp. 88 y 475; GORLA, 1985, pp. 394 y 395; GENTILE, F. S., *Le ipoteche. Commento agli artt. 2808 a 2899 Codice Civile*, Roma, 1961, p. 366; PALUMBO, pp. 54 y 55; BARBIERI, p. 49). Entre nosotros, CARRASCO PERERA (y otros, pp. 188 ss.) critica, por ello, que se entienda que la prórroga del 1851 implica novación extintiva, pues para ello ya está el artículo 1847.

lo 1765 Proyecto CC-1851 (el 1831.3.º Proyecto-1836, el actual 1851), se remitiese (IV, p. 167) al artículo 1134 del Proyecto¹⁰⁶ (sobre novación) y entonces dijese (III, p. 154) que aquél es consecuencia de éste. Nada sería más desacertado que pensar así. He aquí la otra posible solución alternativa: el propio García Goyena comentando ese artículo 1134 en su referencia al plazo, que asimilaba a la prórroga mencionada en el 1765 (nuestro 1851), decía (III, pp. 153 y 154): «La opinion casi uniforme de los Jurisconsultos mas autorizados es que, si el acreedor proroga al deudor el término *solutionis* (*non obligationis*), no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores, excepto aquello *in quo ex dilatione solutionis crevit obligatio*». No hay novación extintiva, pues la prórroga no es de la obligación, sino del término o del plazo para pagar¹⁰⁷; ello con independencia de que si en efecto fuese novación extintiva de la obligación, que así lo fuese claramente (art. 1204 CC), habría que aplicar, para toda garantía (real o personal), el artículo 1207 CC¹⁰⁸. Lo dejan bien claro, vgr., los artículos 2039 *Code* y 1930 *Codice*-1865 al hablar de prórroga del término de pago, aunque para tales normas la consecuencia no es la liberación del fiador, como hace nuestro 1851 CC, sino la posibilidad de que el fiador compela al pago al deudor¹⁰⁹. Se muestran, así, aquellos otros preceptos conformes a sus correspondientes normas sobre la acción de cobertura (el 2039 francés con el art. 2032.2.º y 4.º, y el 1930 italiano-1865 con el 1919.2.º y 4.º). También algunos de los nuestros conectan el artículo 1851 con el artículo 1843, en sus números 2.º y 4.º sobre todo, justificando, así, aquél en los posibles reembolso y subroga-

¹⁰⁶ Que dice: «Hay novacion de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones ó plazos, sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó persona distinta en lugar de la que antes era deudor, ó haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intencion de novar».

¹⁰⁷ Insisten hoy en tal aclaración, diferenciando el artículo 1851 del artículo 1567 CC, pues sabido es que la tácita reconducción, diversa de la prórroga, implica novación, Díez-PICAZO (pp. 456 y 457); GUILARTE ZAPATERO (p. 320), y en su obra sobre la fianza en la jurisprudencia (pp. 61 y 62), advierte que así lo entiende la jurisprudencia más moderna (a partir sobre todo de las dos SSTs de 6 y de 11 de noviembre de 1981) frente a la más antigua que entendía que la prórroga era de la obligación (así, vgr., SSTs de 2 de junio de 1902, 2 de julio de 1911, 24 de junio de 1940, 3 de noviembre de 1955, ...). Así también lo advierten, PÉREZ ÁLVAREZ (pp. 248 y 249); y RUBIO GARRIDO (pp. 337-340).

¹⁰⁸ Así lo advierten en Francia, ex artículos 1281 y 2038 *Code*, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 599); LAURENT (p. 281); DE PAGE (T. 6, pp. 869 y 870). Y, en Italia, BORSARI, L. (*Commentario del Codice Civile italiano*, IV, Turín, 1881, pp. 370 ss.).

¹⁰⁹ No obstante, advierten CABRILLAC y MOULY (p. 178) que en la práctica de fianzas prestadas por empresas o por profesionales es muy común pactar que la prórroga inconsciente por el fiador hace perder al acreedor el derecho a reclamarle el pago. En cambio, en nuestra práctica, al menos según nos explica CARRASCO PERERA (y otros, pp. 188 ss.), lo común es acordar la no aplicación del artículo 1851 CC (cuya validez, dice, está por ver). Y de nuevo aquí surge otra razón para no aplicar el 1851 al tercero hipotecante (la dicha al inicio de este epígrafe III.1): ¿Por qué aplicar por analogía el 1851 a la hipoteca cuando convencionalmente la práctica ni siquiera la aplica a la fianza?

ción del fiador (cfr., art. 1852 CC) ante el riesgo de la posible insolvencia sobrevenida del deudor una vez concedida la prórroga. Ésta parece ser su verdadera *ratio*, al menos así se deduce claramente de García Goyena al justificar que el artículo 1765 Proyecto CC-1851 (actual 1851 CC) se apartase de los demás Códigos: éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura; nuestro CC, por el contrario, parece presumir *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevenida al ver siempre la prórroga como dañina o como más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación del 1843 CC¹¹⁰. Porque si estos otros Códigos lo que hacen es concretar un caso de

¹¹⁰ Ya el propio GARCÍA GOYENA (IV, p. 167, y en *Febrero*, pp. 118 y 119), transcribía, traducidas, las explicaciones de los Tribunales CHABOT y LAHARY (en FENET, pp. 59 y 88, respectivamente): «Dícese en apoyo del artículo Frances: *La prórroga puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide compeler al deudor principal á pagar ó á librarle de la fianza* (discurso 93 –de Chabot–): pero en este caso no podrá proceder contra el acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto ó prórroga (...). *Esta disposición derogatoria del Derecho Romano parece á primera vista un tanto rigorosa contra el fiador, sobre todo si se reflexiona que el deudor puede venir durante la prórroga á estado de insolvencia, y que esta recaería sobre el fiador sin haberla consentido. Pero si se considera que en el mismo artículo se reserva sabiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para forzarle al pago, impidiendo por este medio que le sea funesta la prórroga será preciso confesar que no hay en el artículo nada que no sea conforme con la razón, la justicia y la moral* (discurso 96 –de Lahary–)». Así ya antes del *Code*, lo defendía POTHIER (II, pp. 205 y 219), y después, BAUDRY (cit.); LAURENT (T. 28, pp. 281 y 282); DE PAGE (cit.); y, en Italia, BORSARI (cit.). Entre los nuestros, CARRASCO (cit.), critica la solución del artículo 1851 CC, aunque la considera apoyada en la necesidad de proteger el regreso del fiador, y propone como más acertada la de los otros Códigos, pues considera que las prórrogas siempre las concederá el acreedor en beneficio del deudor, para que pueda pagar, evitando así, además, la responsabilidad del fiador en caso de impago. Y así lo creía el propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE, en *Febrero* (IV, pp. 86 y 87), al decir que «no queda libre el fiador con la prórroga que el acreedor conceda á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al fiador mirar por su indemnización, y proceder contra el deudor principal si advierte que va á menos su caudal». Pero en sus *Concordancias*, GOYENA rectifica, y tras referirse a la justificación del artículo 2039 CC francés (antes reproducida y tomada de él mismo), se preguntaba y respondía (p. 167): «¿Y no puede venir el deudor á insolvencia despues de la prórroga, pero antes que esta llegue á noticia del fiador? Podrá oponerse que este anduvo negligente en no averiguar si el deudor pagó: ¿pero no podrá haber negligencia ó malicia en el acreedor y deudor para no darle noticia? (...) Nosotros teniamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*: vé lo expuesto en dicho artículo donde se dan los motivos y se hace referencia á este». Y allí, amén de lo antes reproducido en texto, dirá GARCÍA GOYENA (III, pp. 153 y 154), que en caso de prórroga «Pothier... citando á Vinio, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la prórroga. Pero esta puede también perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condicion ó de fortuna. En manos del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide el plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúltese á sí mismo: el artículo 1765 es una consecuencia de éste». Y así, como Goyena, opinan luego ESCRICHE (pp. 699 y 700), apoyándose en el Fuero Real, siguiendo, sin citarlo, las explicaciones de Goyena, y en contra de Antonio Gómez, quien seguía la misma opinión de Pothier, criticando por ello lo dicho en el Fuero Real; también, BURON (p. 956); SÁNCHEZ ROMÁN (III, p. 925); MANRESA (cit.); DE ROVIRA (cit.); LACRUZ (pp. 354 y 355); GUILARTE (cit.); CASTÁN (anotado por FERRANDIS, p. 779).

cobertura, nuestro 1851 CC supone un excepcional refuerzo imperativo del ya excepcional –según vimos– artículo 1843 CC: ante el presumido riesgo de insolvencia del deudor, fundado en la prórroga incontestada por el fiador, se impone *ex lege e ipso iure* la extinción de la fianza sin que, frente a lo dispuesto en el artículo 1843 CC, ni siquiera tenga elección el fiador (de optar por la liberación o por la cobertura) y sin que tenga que intervenir al respecto el acreedor consintiendo tal extinción. Nadie, pues, puede dudar del carácter excepcionalísimo de la norma, como norma incluso singular dentro del privilegiado régimen de la fianza, y de que por ello resulte inaplicable al hipotecante no deudor¹¹¹, máxime cuando éste no es un garante que esté a las expensas de la solvencia o insolvencia del deudor. ¡Por principio de garantía real es al acreedor a quien se debe proteger de tal riesgo! Y si lo que trata de evitar el 1851 CC es el perjuicio de un tercero ajeno al pacto que le es dañino, ahí está en general, aunque con solución distinta, el artículo 6.2 CC, porque el acreedor estaría en cierto modo renunciando a su derecho de exigir oportunamente el pago en perjuicio del garante.

Algo similar puede decirse si, como sostienen algunos (citados ya), la conexión más directa del artículo 1851 es, no tanto con el 1843 y la acción de regreso, sino con el 1852 CC y la subrogación por pago; habría entonces de entender que el 1851 es ejemplificación o concreción –¿previa al caso general?– presumida o imperativa de la hipótesis del artículo 1852, no siendo, por tanto, tampoco aplicable al tercero hipotecante, porque el 1852 tampoco lo es. Ante los intentos fallidos de hallar la verdadera *ratio* del 1852 CC y huyendo de las ideas nacidas de tales intentos (que si verdadera obligación legal de diligencia, que si recíproca o sinalagmática,...)¹¹², hoy la común opinión, sin renunciar al fundamento genérico de la buena fe

¹¹¹ Así, BARBIERI (p. 49), acerca del artículo 1957 CC italiano-1942. Entre nosotros, niegan la aplicación del 1851 CC las SSTs de 28 de mayo de 1991 y de 3 de noviembre de 2004, si bien ésta se refiere al tercer poseedor del bien hipotecado y se limita a negarle la aplicación del 1851 CC porque no hay analogía entre él y el fiador, lo cual, como ya dijimos al principio del trabajo, es razón bastante para negar la aplicación de cualquier norma de la fianza al hipotecante no deudor. Por su parte, sorprende muchísimo que CARRASCO PERERA (y otros, pp. 63, 188 ss. y 193), tras criticar y afirmar el carácter singularísimo del artículo 1851, luego (p. 482) diga que tal norma es aplicable al hipotecante no deudor.

¹¹² La tesis clásica considera que en el artículo 1852 CC subyace una auténtica obligación legal de mera diligencia o buena fe asumida por el acreedor para con el fiador. Para ver sus autores y razones, pueden verse ALONSO SÁNCHEZ, B., *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993; y FINEZ RATÓN, J. M., «La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 CC)», en *RCDI*, 1993, pp. 9-54. Sin embargo, amén de la imposibilidad de presumir una obligación legal cuando no ha sido claramente impuesta por la ley (art. 1090 CC), con esa pretendida justificación del 1852 se corre el grave riesgo de desfigurar la propia fianza, destruyendo su esencial unilateralidad y su natural gratuidad para casi convertirla *ex lege* –o tácitamente, dicen como crítica algunos– en un contrato sinalagmático, acaso como si el fiador tuviese un derecho de crédito frente al acreedor para exigirle la conservación y no menoscabo de sus propios derechos y garantías

y de la equidad, considera que en el artículo 1852 CC subyace una carga (no una estricta obligación) de diligencia (similar a la del art. 1833) que asume el acreedor para asegurar y proteger la posible subrogación por pago del fiador, su expectativa subrogatoria (como suele decirse), y cuya inobservancia se sanciona (como también suele decirse) con la posible extinción de la fianza; posible, porque no es automática, sino dependiente de que lo decida y oponga el fiador, quien de este modo lo que ostenta, frente a aquella carga, es un derecho potestativo¹¹³. De admitirse esta explicación, que es desde luego la más respetuosa con la fianza (con su naturaleza obligacional, su esencial unilateralidad y su natural gratuidad), no cabe aplicar

(los del acreedor); un derecho de crédito, por lo demás, que en parte sería estéril por incoercible *in natura* pues sólo permitiría la resolución de la fianza, aun siendo la obligación del acreedor accesoria (cfr., 1124 CC). Para tal crítica, *vid.*, HEDEMANN (III, p. 474); ÉNNECERUS (II, p. 836), y en sus anotaciones PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (p. 839), para quienes del 1852 sólo puede extraerse el principio de buena fe, lo cual es común a todo contrato *ex* 1258 CC; LAURENT (T. 28, pp. 297 y 298); DAGOT (pp. 44 y 45); SIMLER y DELEBECQUE (pp. 192 y 193); CABRILLAC y MOULY (p. 66); y, entre nosotros, destaca la crítica de ALONSO SÁNCHEZ (pp. 59-62). No obstante, son muchos los que sí estiman por virtud del 1852 a la fianza como contrato sinalagmático, por entender que dicha norma se fundamenta en un pacto comisorio tácito, similar al artículo 1124 CC, frente a la necesaria explicitud que se exigía en el Derecho Romano para acordar tal pacto, el llamado *mandatum pecuniae credendae*. Así lo explicaba POTHIER (cit.), y así lo creen mucho después, JOSSE-RAND (p. 420); COLIN Y CAPITANT (pp. 33 y 34); PETTI (p. 130). Para no crear, sin embargo, tal artificio, otros autores intentan justificar el 1852 CC de otro modo, aunque manteniendo como *minimum* la idea de diligencia debida por buena fe. Atendiendo a la gestación del artículo 2037 *Code* (precedente de nuestro 1852), entienden que en dicha norma se consagra un «deber de reciprocidad» fundado en el *neminem laedere*, de modo similar a como acontece en nuestros artículos 1902 ss. CC. Así, sobre todo, LAURENT (T. 28, pp. 297, 298 y 301-303), a partir de los trabajos parlamentarios del CC francés (cuya traducción tomamos de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, p. 118). Decía el Tribuno TREILHARD, «Hemos visto –acerca del artículo 2029 (equivalente a nuestro 1839 CC)– que por el pago hecho al acreedor debía verificarse una subrogación de derecho en beneficio del fiador; por lo tanto el acreedor no es dueño de perseguirle cuando por algún hecho suyo ha venido a ser imposible esta subrogación». Y añadía días después LAHARY, «El fiador debe sin duda abstenerse de todo lo que pueda comprometer la garantía de la obligación por la que se ha constituido la fianza. ¿Pero no debe también el acreedor abstenerse por su parte de todo lo que tienda a arrebatar al fiador los medios de indemnizarse de la fianza prestada? Para mantener pues entre ellos este deber de reciprocidad –dice, como luego dirá Laurent (cit.)–, declara el proyecto libre de su obligación al fiador, cuando por algún hecho del acreedor no puede verificarse a favor del primero la subrogación en los derechos e hipotecas del segundo». Siguen esta idea, en Bélgica, DE PAGE (T. 7, pp. 932 y 933); y, en Italia, BORSARI (pp. 353 ss.). Para más detalles sobre dicha tesis y sus seguidores, véase ALONSO SÁNCHEZ (pp. 55-59). De admitirse tal explicación, resurgirían la idea de obligación en sentido estricto, el sinalagma, enmascarado ahora bajo la «reciprocidad», la buena fe en general; además, con dicha explicación se compara lo incomparable: la fianza (siempre contractual y sólo a veces forzosa –no estrictamente *ope legis*–) y su artículo 1852 (que establece como consecuencia la extinción de aquélla al margen de cualquier idea de culpa del acreedor) con la responsabilidad por daños (siempre extra-contractual en cuanto legal, fundada en la negligencia, aunque presumida, y siempre de efectos resarcitorios). Así, PETTI (p. 200), aunque sólo comparando la diferencia de efectos. Una más detenida crítica se hace en ALONSO SÁNCHEZ (cit.).

¹¹³ Como más completa y cerrada explicación, con numerosas citas de autores, *vid.*, ALONSO SÁNCHEZ (cit.), quien añade que tales derecho potestativo y beneficio son renunciabiles, expresa o tácitamente (vgr., mediante su no ejercicio). Así puede tal vez defenderse en nuestro Derecho; no ya en Francia, cuyo añadido artículo 2037 bis prohíbe tal renuncia.

el 1852 CC al hipotecante no deudor, y ello de nuevo por la excepcionalidad de la norma, a lo que ahora se suma su carácter punitivo, por cuanto que en el efecto de la misma se ve una sanción al acreedor, lo que obliga a una interpretación restrictiva, nunca extensiva, del artículo 1852 CC (cfr., art. 4.2 CC).

A la vista, se añaden otras, y variadas, razones que a la excepcionalidad del artículo 1852 conducen¹¹⁴: cierto es que también del tercero hipotecante puede predicarse cierta expectativa de subrogación para el caso de pago (recuérdese del epígrafe II.2, los artículos 1839 y 1210.3.º CC), mas esto no puede servir para concluir, como suelen concluir casi todos los partidarios del «fiador real», que por haber *eadem ratio* (la protección de tal expectativa subrogatoria), el artículo 1852 CC le es aplicable; olvidan que la expectativa del fiador es mayor por aquello de «*fía y pagarás*», y que la protección legal de simples expectativas es algo singular¹¹⁵, máxime en el caso del artículo 1852, que si se compara con el artículo 1843, no presenta ya una simple protección de expectativa, sino una ultra-protección, pues el fiador queda legalmente tutelado, no ya frente a la posible insolvencia del deudor, lo cual constituye la causa-función de la fianza, sino frente al acreedor por un hecho, la posible subrogación por pago, que en absoluto nada tiene que ver con la función de garantía de la fianza; a lo más, esa expectativa

¹¹⁴ Y ello sin entrar en que el artículo 1852 sea o no aplicable a todo fiador, según éste tenga o no beneficio de excusión, como creía aisladamente TROPLONG (T. 17, pp. 461-485, 502-506), para afirmar la singularidad de tal norma. Esta idea de Troplong será muy criticada por la doctrina de su tiempo, estando hoy totalmente olvidada (*vid.*, AUBRY Y RAU, T. 26, pp. 246 y 247, con nota 19; y BAUDRY-LACANTINERIE, T. 24, p. 612). Mas téngase, por cierto, en cuenta que en su lógica interna concluía Troplong diciendo (pp. 502-505) que el artículo 2037 francés no era aplicable al fiador solidario, pues éste carece del beneficio de excusión *ex artículo 2021* (nuestro 1831). Tal vez por esta última afirmación, nuestro 1852 hable de «*los fiadores, aunque sean solidarios*», cosa que silencia el 2037 CC francés, y que entre nosotros ya recogía el 1766 Proyecto CC-1851 (que hablaba de «*mancomunados*», aunque sobre tal añadido García Goyena, IV, p. 167, se limitaba a decir que había sido tomado del artículo 2074 Sardo «para mayor espresion *-sic-* y claridad»).

¹¹⁵ Ambas cosas son advertidas por PALUMBO (pp. 29 y 30), para negar la aplicación del artículo 1928 *Codice*-1865 (nuestro 1852) al hipotecante no deudor. Curiosa y casi contradictoriamente, muchos de los partidarios foráneos del «fiador real» al que aplican su 1852, luego niegan su aplicación al tercer poseedor, aunque éste pueda tener cierta expectativa de subrogación, porque, amén de no ser garante voluntario, ni expreso, aquella norma es excepcional –excepcional, dicen ahora– (así, AUBRY Y RAU, T. 3, pp. 724 y 725; PLANIOL (y RIPERT), III: *Contratos de garantía, privilegios e hipotecas*, trad. Méjico, 1948, p. 362; COLIN y CAPITANT, pp. 474 y 475; BAUDRY, T. 27-III, pp. 401 ss.; los MAZEAUD, I, pp. 154 y 155; SIMLER y DELEBECQUE, p. 390; y MESTRE, II, p. 805, y III, p. 13; y en Italia, GORLA, pp. 560 y 600). Con mayor lógica y coherencia, porque por esa excepcionalidad niega la aplicación del 2037 francés también al tercero hipotecante, LAURENT (T. 31, pp. 239-242). También con coherencia, aunque no compartamos su tesis, CANDIAN (pp. 289 ss.), al justificar la aplicación del 1928 italiano-1865 al tercero hipotecante por tener éste, como el fiador, expectativa de subrogación por pago, también defiende la aplicación de aquella norma al caso del tercer poseedor, por tener también éste tal expectativa.

sería un motivo, causalizado *ex* 1852 si se quiere a la vista del «*fiar y pagarás*», pero no es la razón principal de la fianza¹¹⁶. También en la comparación de consecuencias se observa la ultra-protección del 1852, que, a diferencia del 1843, no prevé la posibilidad de cobertura del riesgo, y prescinde por completo de la intervención del acreedor, permitiendo que unilateralmente el fiador decida la extinción de la fianza. ¿No es esto suficiente para entender que el artículo 1852 es norma singular, y por tanto inaplicable por analogía (art. 4.2 CC)? Pero aún hay más: estando el artículo 1852 conectado con el 1839 CC y no siendo éste aplicable, por innecesario a la vista del 1210.3.º CC, al tercero hipotecante que es simple interesado en el pago, por no estar obligado, ¿cómo aplicarle a éste aquella norma¹¹⁷? No hay, al respecto, ningún vacío legal que colmar, pues otra muestra de la excepcionalidad del artículo 1852 es la ausencia de parangón en el régimen general sobre subrogación, salvo que se quiera hacer una interpretación apurada y erróneamente sistemática de los artículos 1094, 1097, 1212 y 1528 CC; mas incluso en tal caso, serían éstas y no aquella norma las aplicables al tercero hipotecante, entendiéndose entonces que el acreedor hipotecario asume un deber de conservar y no menoscabar sus derechos y garantías en perjuicio del hipotecante no deudor; un deber que, por ser de diligencia o buena fe, si se incumple, dará lugar a una obligación indemnizatoria (art. 7.2 CC, o *ex* art. 1902 CC si se apura)¹¹⁸, siendo ésta la consecuencia general frente a la especial del 1852 CC. Ciertamente, no como deber, sino como carga, fundada en la buena fe y en la equidad, explica la doctrina la conducta debida del acreedor *ex* artículo 1852 CC, creyendo por eso los partidarios del «fiador real» que a éste debe aplicarse tal norma; mas ahí de nuevo surge la idea de excepcionalidad. Sin entrar ahora en la distinción entre obligación, deber y carga, ni en si tales figuras pueden ser personales o reales, de admitirse lo de carga, ello lleva ya implícita su singularidad, por cuanto impone una restricción a la libertad, que siempre, como regla, se presume; vgr., las cargas reales (como las servidumbres, el usufructo,...) lo

¹¹⁶ Son ideas todas estas tomadas de ALONSO SÁNCHEZ (pp. 69-73), aunque ella las emplea para criticar a quienes fundamentan el 1852 en la causa propia de la fianza, creyendo que ésta es el interés en la subrogación por pago, y no la función de garantía de un crédito.

¹¹⁷ Así, CARPI (p. 191), quien niega la aplicación del 1852 al «fiador real» al serle previamente inaplicable el 1839. También así, la STS de 23 de marzo de 2000, pero porque errando en lo más elemental (vimos en el epígrafe II.2), niega también al tercero hipotecante la subrogación por pago del 1210.3.º CC.

¹¹⁸ Así, acuden al artículo 1382 CC francés (nuestro 1902), AUBRY Y RAU (T. 3, pp. 724 y 725); y LAURENT (T. 31, pp. 239-242), cuando ambos niegan la aplicación del artículo 2037 (nuestro 1852) al tercer poseedor.

son por restringir la presumida libertad de la propiedad; de ahí que no se presuman y que los títulos en que se establezcan tales cargas reales y las normas que las regulen sean de interpretación restrictiva. *Mutatis mutandis* lo mismo podría decirse de la carga personal del acreedor del artículo 1852 CC, que en cierto modo restringe la libertad de actuación del acreedor sobre sus derechos. Y si, de nuevo, se quiere emparentar esa carga personal con la carga general de diligencia de todo acreedor, nuevamente arribaríamos al artículo 7.2 CC, con un efecto diverso al del artículo 1852 CC que, ciertamente fundado en la idea de buena fe, ultra-protege al fiador permitiéndole dar por terminada la fianza, no sólo como efecto privilegiado para él, sino como efecto sancionador para el acreedor negligente. En definitiva, pues, el artículo 1852 CC es otra muestra más, de entre otras tantas, del *favor fideiussoris*, por cuanto el fiador es obligado y compromete todo su patrimonio; idea ésta que, como venimos viendo, no es trasladable al hipotecante no deudor, que sólo compromete un bien determinado sin asumir deuda, ni responsabilidad ninguna ¹¹⁹.

Se nos podrá decir que no aplicar el 1852 CC al tercero hipotecante es injusto ¹²⁰. Mas aun siendo ello así, no es bastante la idea de equidad para integrar un vacío cuando la ley, el artículo 1852 CC, no permite expresamente tal recurso (art. 3.2 CC). Defiéndose, pues, si se quiere tal aplicación como *desideratum* ¹²¹, que incluso puede resultar plausible, pero *de lege lata* no es posible. Y si en el futuro existiese norma idéntica para el hipotecante no deudor, como sucede, vgr., con el artículo 2869 CC italiano-1942 (correlativo al art. 1955, sobre fianza), o con el artículo 717.1.º CC portugués (equivalente al 653 sobre fianza), posiblemente habrá de ser bien recibida, pero no demostrará que el hipotecante no deudor sea un

¹¹⁹ Expresamente alude al *favor fideiussoris* para explicar dicha norma, en Italia, PETTI (pp. 130, 198 ss.). Y por eso niega la aplicación de tal norma al hipotecante no deudor, ENNECERUS (T. II, pp. 830 y 831), refiriéndose al § 776 BGB (nuestro 1852). No habla de tal favor LAURENT (T. 28, pp. 160 y 161), pero niega la aplicación del artículo 2037 *Code* al tercero hipotecante porque tal norma se fundamenta en la naturaleza personal de la fianza; y así, dice, lo arguyeron las SSTSCasación francés de 25 de noviembre de 1812 y de 10 de agosto de 1814 (aunque según TROPLONG, T. 17, p. 505, tales sentencias se limitaron a negar su aplicación por el silencio que guardaba tal norma). Le siguen DE PAGE (T. 7, pp. 657 y 658); PALUMBO (pp. 29 y 30), y, sin nombrarlo, FINEZ RATÓN (pp. 50 y 51), quien de forma más correcta dice que mientras el fiador es deudor y responsable, el tercero hipotecante no debe ni responde. A fin de cuentas es el mismo argumento, pues como se advirtió al principio del presente epígrafe el *favor fideiussoris* se fundamenta en que el fiador debe y responde.

¹²⁰ Así lo decían, CANDIAN y RAVAZZONI (arriba citados), refiriéndose al artículo 1928 CC italiano-1865 (nuestro 1852).

¹²¹ Así ya lo decía hace tiempo DE PAGE (cit.), tras negar la aplicación del 2037 *Code* al tercero hipotecante. Y así en Italia, ASCOLI: *La liberazione del terzo datore d'ipoteca in caso de mancata surrogazione per fatto del creditore*, en *La Legge*, 1903, pp. 638 ss.

«fiador real», ni que el legislador se haya plegado a tal analogía, sino que, precisamente al contrario, por ser figura autónoma e inconfundible con la fianza, fue necesaria aquella norma¹²². De momento, sin embargo, a lo más sólo queda la posibilidad de convenir en la escritura de hipoteca una cláusula de contenido afín al del artículo 1852 CC (o también al del art. 1851 antes analizado); aunque, sin necesidad de ahondar en ello, raro será tal acuerdo que compromete y restringe la libertad de actuación del acreedor hipotecario: ¿qué Entidad de Crédito convendrá tal cosa?

2. LA INAPLICABILIDAD DE LOS SINGULARES ARTÍCULOS 1824.II Y 1853 *IN FINE* CC

También por su excepcionalidad resultan inaplicables al hipotecante no deudor el artículo 1824.II, y, por extensión, el artículo 1853 CC *in fine*, cualquiera que sea la posible explicación que se dé de tales normas:

Aunque sea la más perturbadora en la teoría general de las obligaciones, la explicación más probable es la que, atendidos los precedentes de tales artículos 1824.II y 1853 *in fine* CC, introduce la figura de la «obligación natural». Ambos artículos proceden del Proyecto CC-1851 (arts. 1735 y 1767, respectivamente), y éste deriva remotamente del Derecho Romano¹²³ y más próximamente de las Partidas (Leyes 5 y 15, Tít. 12, P. 5.^a) y del *Code* (arts. 2012 y 2036, respectivamente), no haciendo éste sino consagrar la doctrina, de tradición romanista, de Pothier (IX, pp. 200 ss.). Según Pothier, como también nos explica García Goyena para justificar en esta sede el Proyecto CC-1851, la negativa al fiador de oponer las excepciones puramente personales del deudor (en esencia, su incapacidad en general, sea la minoría de edad o cualquier otra, cfr., arts. 1824.II y 1853, ambos *in fine*)¹²⁴, se explicaba por la finalidad de garantizar la deuda asumida por un incapaz, esto es, la de

¹²² Así CICERO (p. 441), y, entre nosotros, FINEZ RATÓN (p. 50 y 51), refiriéndose ambos al vigente 2869 italiano. Creen lo contrario, BARBIERI (p. 30), GORLA (1985, pp. 393, 395 y 396); MAIORCA (p. 114), quien justifica el 2869 *Codice* porque el tercero hipotecante no está obligado, por lo que tal norma no será aplicable al deudor hipotecario. Mas, nos preguntamos, ¿por qué sí entonces el fiador?

¹²³ Entre otros muchos, D. 46.1.16.3: «*Fideiussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civiles vel naturalis, cui applicetur*».

¹²⁴ Son pocos los que, en Francia, creen que al ser el artículo 2012 *Code* (nuestro 1824.II) norma excepcional debe interpretarse restrictivamente y no comprender ningún otro caso diverso al de la minoría de edad (así, DAGOT, p. 41). En cambio, suele entenderse que el menor de edad citado en el artículo 2012 *Code* es mero ejemplo (como dice la propia norma: «*par exemple, dans le cas de minorité*») de las excepciones puramente personales del artículo 2036, debiéndose entender por tales cualesquiera relativas a la capacidad del deudor

asegurar mediante la asunción de una deuda civil por parte del fiador la deuda natural del incapaz para el caso de que en efecto ésta fuese invalidada por esa causa, la de la incapacidad. Se justificaba de este modo, porque en general se admitió, con más o menos quebranto, la figura de la obligación natural, en el Derecho Romano, y entre nosotros en las Partidas, como así se intentaría mantener como categoría general en el Proyecto de CC-1851¹²⁵. Pero, como reconoce a su pesar García Goyena, este intento, que lo fue de su

(PLANIOL, pp. 22 y 23; los MAZEAUD, pp. 33 y 34). Así lo creía entre nosotros Q.M.S (p. 529) al decir que el «*como*» de nuestro artículo 1824.II CC es el «*por ejemplo*» del artículo 2012 *Code*. Ya GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1067 Proyecto CC-1851 (correspondiente al artículo 1148 CC vigente), decía (III, p. 102): «vé el citado artículo 1767 y el 1735 –correspondientes a los vigentes 1853 y 1824, respectivamente–, donde se pone el caso de menor edad, y lo mismo será en el de las incapacidades...». Comentando el artículo 1139 Proyecto CC-1851 (parecido al actual 1208 CC, mas sin la expresa excepción al actual 1824.II), remitía (IV, p. 158) a «sus efectos en el artículo 1735 (el actual 1824), é invocado el ejemplo del menor de edad». Y comentando en concreto el artículo 1767 Proyecto CC-1851 (mantenido en el actual art. 1853), sobre las excepciones puramente personales dirá: «Rogron, en sus comentarios al artículo 2012, coloca entre estas la de incapacidad que puede oponer el menor ó muger que ha contratado sin la debida autorización: el fiador no podrá oponerla: el artículo 2012 Frances corresponde al 1735 nuestro» (el actual 1824 CC).

¹²⁵ Comentando el artículo 1080 Proyecto CC-1851 (equivalente al actual art. 1155 CC), ya advertía GARCÍA GOYENA (III, p. 113) sobre su inciso final (equivalente al párrafo 2.º del vigente art. 1155 CC): «Pero valdrá la cláusula penal, á que se sujete un tercero, en los casos que vale la fianza por obligación nula ó que pueda ser anulada: la razon es la misma en ambos casos: vé el artículo 1735» (idéntico al art. 1824 CC actual). Y sobre dicho artículo, acerca de su segundo párrafo (idéntico al actual art. 1824.II CC), decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 143): «Concuerda con el párrafo 1, título 21, libro 3 de las Instituciones. Leyes 1 y 8, párrafo 6, título 1, libro 46 del Digesto, *non interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adicitur fidejussor*, y la ley 5, título 12, Partida 5, que habla igualmente de la obligación civil y de la natural: téngase presente lo expuesto sobre la segunda en el artículo 1025», al que luego aludiremos. Refiriéndose al artículo 1139 Proyecto CC-1851 (correspondiente al actual art. 1208 CC, pero que decía: «*La novación es nula, si lo fuere la obligación primitiva, salvo lo que se dispone en el art. 1187 y párrafo segundo del 1735*»), comentaba Goyena (III, pp. 157 y 158): «Por Derecho Romano y Patrio (párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones, y ley 18, título 14, Partida 5) la obligación meramente natural podía novarse por la delegación y convertirse en otra civil, así como esta podía por el mismo medio convertirse en una meramente natural, ejemplo:(...) El menor de edad, contrayendo sin la autorización de su tutor ó curador, solo quedaba obligado naturalmente: sin embargo, esta obligación inútil contra el mismo deudor, podía novarse por la delegación de un tercero hábil para obligarse; y este quedaba obligado civilmente... Nosotros, sin usar de las palabras materiales obligación natural, habemos, á imitación del artículo Frances 2012, reconocido uno de sus principales efectos en el artículo 1735, é invocado el ejemplo del menor de edad». Acerca del artículo 1167 Proyecto CC-1851 (sin parangón actual, y que decía: «*La rescisión de una obligación principal causa la de todas sus accesorias: la rescisión de estas no produce la de la obligación principal*»), comentaba Goyena (III, p. 183): «Por Derecho Romano y Patrio la restitución concedida al menor aprovecha á los fiadores; pero aquí no se trata de obligación contraída por el menor; pues según nuestro Código es nula, y no necesita de rescisión según el artículo 1165, sino de la contraída por su tutor ó curador: vé sin embargo –decía– el artículo 1735» (de nuevo, el actual art. 1824 CC). Y sobre el artículo 1189 Proyecto CC-1851 («*La nulidad de la obligación principal produce la de las accesorias, salvo lo dispuesto en el art. 1735...*») se remitía, sin más (en III, p. 198) a los artículos 1080 y 1139, ya vistos más arriba en esta nota. Para el final hemos dejado el artículo 1025 Proyecto CC-1851, al que en su comentario del artículo 1735 (correspondiente al actual 1824) Goyena se remitía. En él se establecía una clasificación de obligaciones (en personales o reales, puras o condicionales,...), pero no se incluía la división entre obligaciones naturales y civiles, que Goyena (III, p. 60)

propia cosecha, por reconocer en general la obligación natural y darle un régimen propio, no prosperó, creyéndose bastante aquella única norma del artículo 1824.II CC. Quedando ésta, por tanto, como norma singularísima, no cabría aplicarla por extensión¹²⁶.

Esta justificación del artículo 1824.II CC no es, con cierta razón, del gusto de la mayoría de la doctrina, porque sencillamente no existe en nuestro Derecho reconocida expresamente la deuda natural, ni mucho menos cabe, aun admitiéndola, la posibilidad de asegurarla¹²⁷, menos aún si es con una garantía real, pues se trataría de una carga real sin deuda que garantizar ni que asumir (aunque para alguno sería una responsabilidad –limitada, eso sí– sin deuda)¹²⁸. ¿Cómo explicar, entonces, el artículo 1824.II y su conexión con el artículo 1853 *in fine*?

Para algunos el párrafo segundo del artículo 1824, acorde con su primer párrafo, sin excepcionarlo, indica que la fianza en general de deuda anulable es válida mientras la deuda no sea en efecto anulada (dejando de ser claudicante si ésta es confirmada), porque de ser ésta

creía necesaria para poner fin al desorden del Derecho precedente al respecto. Por ello, y por expreso encargo de la Sección del CC, cuenta el propio G.^o Goyena (pp. 60 ss.), que se le encargó redactar un proyecto al respecto, en cuyo artículo 2 se decía: «*La obligación meramente natural se constituye:...* 2.^o *En los contratos celebrados por mugeres –sicasadas, por menores de edad, pero capaces de testar, y por los que esten bajo interdicción judicial*»; y sobre la minoría de edad se apoyaba Goyena (p. 61) en las «leyes 123, título 1, libro 45, y 1, al fin, título 2, libro 46 del Digesto», arriba ya recordada por él al comentar el artículo 1735.II (el actual 1824.II CC). Y en su artículo 3 se decía: «*Los efectos de la obligación natural son:...* 3.^o *Admite fianzas, prenda é hipotecas; y el tercero, que las da, queda obligado civilmente*». Y se vuelve a apoyar (en p. 63) en el Derecho Romano y en las Partidas, acerca de la fianza, extendiendo la lógica del precepto proyectado a las garantías reales por fundarse aquél en la accesoriadad de las garantías. Pero terminará diciendo G.^o Goyena (III, p. 64): «*Discutido mi proyecto... se aprobaron bajo otra forma y nombres mis artículos 1 y 2, pero no el 3, tal como venia.(...) Creyóse que con lo dispuesto en... el artículo 1735 –el actual 1824, recuérdese–... estaba provisto á todos –dice– los casos de la obligación natural sin necesidad de nombrarla.(...) Pero así vino, en mi concepto, á caerse en la misma dislocación del Derecho Romano y Patrio, en el lenguaje vago y casi vergonzante del artículo 2012 Frances... y se dejó alguna contradicción, al menos aparente, entre el artículo 1139 y 1187, por mas que se haya salvado*», a los que luego nos referiremos.

¹²⁶ Así también CARPI (pp. 171 ss.). En cambio, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 26-II, pp. 399 ss.) considera que el artículo 2012 CC francés sí es aplicable al «fiador real» porque cabe la hipoteca de deudas futuras, anulables y condicionales. Así también, entre nosotros, PEÑA BERNALDO (p. 263, nota 1), refiriéndose al artículo 1824 CC, aunque ignoramos su opinión acerca de este precepto aisladamente considerado. Tal vez pudiera sustentarse Baudry en la norma correlativa a nuestro artículo 1861 CC (y, tal vez, en ella directamente, Peña), mas, como diremos luego, si así también se interpreta esta norma, tampoco es necesario acudir a la norma sobre fianza, existiendo ya aquélla sobre garantías reales en general.

¹²⁷ *Vid.*, por todos, REALES ESPINA, J. I., *La obligación natural en el CC*, Granada, 2000, quien aun defendiendo en general la categoría de la obligación natural (como deber moral o de conciencia), con la común opinión, que aúna sin matices en un *totum revolutum*, considera (pp. 50-52) que el artículo 1824.II CC no contiene ningún caso de obligación natural, sino de obligación anulable, y que (pp. 112 y 113) nunca cabe afianzar una obligación natural.

¹²⁸ El propio MORENO QUESADA, L. (p. 189), dice que no tendría sentido para el «fiador real» pensar que se garantiza una deuda para el caso de que ésta fuese anulada, porque el hipotecante no asume ninguna deuda que pueda subsistir tras la anulación de la deuda garantida.

anulada también lo será, por su accesoriidad, la fianza¹²⁹. Amén de que tal explicación deje en parte sin justificar el artículo 1853 *in fine* vs. artículo 1302 CC, ¿para qué sirve dicha explicación que no se aparta de la regla general, fundada en la accesoriidad, del primer párrafo del propio artículo 1824 CC, sobre garantías personales, ni del artículo 1861 CC, para garantías reales? De admitirse, pues, tal pretendida *ratio*, la aplicación del artículo 1824 al tercero hipotecante devendría, entonces, innecesaria a la vista de dicho artículo 1861 CC.

Para otra parte de la doctrina, que se subdivide en dos posiciones, la función del artículo 1824.II CC es otra: para el caso en que en efecto se anule la deuda por incapacidad del deudor, la fianza, aún válida a pesar de la invalidez de la deuda, o bien cubre la obligación restitutoria del deudor incapaz (según unos, *ex arts.* 1303 y 1304 CC)¹³⁰, o bien se convierte en deuda propia, principal (según otros)¹³¹. De admitirse cualquiera de las dos explicaciones ello denotaría de nuevo, aunque por otra vía, la excepcionalidad del artículo 1824.II CC frente a la regla de la accesoriidad establecida, no tanto en el primer párrafo de la propia norma, sino sobre todo en los artículos 1826.I y 1827.I CC¹³², lo que, de nuevo, conduce a negar su aplicación al hipotecante no deudor *ex* artículo 4.2 CC.

Por eso mismo, tampoco le es aplicable el artículo 1853 CC *in fine*. En su inciso final, el artículo 1853 CC, muy en conexión con el artículo 1824.II, introduce una excepción a la accesoriidad, en concreto una salvedad al artículo 1302 CC sobre invalidez, porque impide que el fiador alegue frente al acreedor la anulabilidad de la deuda por incapacidad del deudor¹³³. Siendo, pues, norma excep-

¹²⁹ Así, en Francia, acerca de los artículos 2012 y 2036 *Code*, LAURENT (T. 28, pp. 143-153); y, en España, Díez-PICAZO (pp. 420 y 421).

¹³⁰ Así, vgr., PLANIOL (pp. 22 y 23); los MAZEAUD (pp. 33 y 34); DE PAGE (T. 6, pp. 836, 837, 842-844); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 818 y 819).

¹³¹ FRAGALI, M. [*Fideiussione (Diritto Civile)*], en ED, XVII, pp. 347 y 348], apoyándose en el artículo 1948 *Codice*-1942, que carece de correspondencia en el CC español (¿o acaso en los artículos 1836 o 1846?). Entre nosotros, GUILARTE ZAPATERO (pp. 74 y 75).

¹³² Eso lleva a algunos a posiciones más extremas, aunque no por ello del todo ilógicas: MASSIDA (p. 2), al ver en aquellos casos atenuación de la accesoriidad, concluye que este rasgo no es esencial en la fianza. Manteniendo, en cambio, la idea de accesoriidad, otros ven en aquellos casos una garantía singular que no es verdadera fianza (así, en Bélgica, DE PAGE, cit.; y, en Italia, RAVAZZONI, en *NssDI*, pp. 282 y 283, que es criticado por FRAGALI, p. 347, por la simple razón de que el *Codice* llama fianza a tal figura).

¹³³ Ciertamente más claro que el actual artículo 1302 CC era su precedente, el artículo 1186 Proyecto CC-1851, cuando en su primer párrafo decía: «Puede pedir la declaración de nulidad, no solo el obligado principal, sino los que lo sean en subsidio, salvo lo dispuesto en el artículo 1735» (el actual art. 1824 CC). Y también es cierto que hoy no tienen en el CC vigente parangón el art. 1167 Proyecto CC-1851 (que decía: «La rescisión de una obligación principal causa la de todas sus accesorias: la rescisión de estas no produce la de la obligación principal»), ni el artículo 1189 Proyecto CC-1851 («La nulidad de la obligación principal produce la de las accesorias, salvo lo dispuesto en el art. 1735...»). Mas tampoco tiene

cional, no puede aplicarse por analogía, siendo, en cambio, aplicable al hipotecante no deudor la regla contenida en el artículo 1302 CC, que aunque literalmente hable de «*obligados... subsidiariamente*», como ya advertía García Goyena comentando su antecedente, el artículo 1186 Proyecto CC-1851 que hablaba de «*obligados... que lo sean en subsidio*», decía (III, p. 196): «porque son interesados en la declaración de nulidad, y el interes es la medida de la accion: vé el artículo 1735 –el actual 1824 CC– que se cita como excepción –dice–, y compáralo con el 1767 –actual 1853–, que es general como este»¹³⁴ (recuérdese lo dicho en el epígrafe II.1, acerca de otras normas que latamente también hablan de «*obligaciones accesorias*», para ser aplicadas a cualquier garantía especial)¹³⁵.

actual consagración, en su expresa excepción al 1735 Proyecto CC (actual 1824), el artículo 1139 Proyecto CC-1851 (parecido al actual 1208 CC, mas sin la expresa excepción al actual 1824.II). Y recuérdese que ya tales omisiones finalmente se justificaron por la suficiencia del artículo 1735 del Proyecto (actual 1824). Lo explicaba el propio Goyena de su fallido proyecto de articulado sobre las obligaciones naturales en general (III, p. 64): «Discutido mi proyecto...», antes, en una nota anterior, reproducida.

¹³⁴ Y esa es hoy la común opinión acerca del artículo 1302 CC. Curiosamente, CARPI (pp. 172 ss.), en contra de tal opinión, cree que el artículo 1302 CC no es aplicable al tercero hipotecante pues en él se habla intencionada y restrictivamente de «*obligados*», pensando sobre todo en el fiador y en los artículos 1824.II y 1853 CC. Sí, hay tal conexión, pero precisamente, como se ha visto, porque éstos excepcionan la regla de aquél. Además, de interpretar de este modo el artículo 1302 y de negar, como también lo niega Carpi, al hipotecante no deudor la aplicación de los artículos 1824.II y 1853 CC, ¿qué le queda, entonces, al garante real por deuda ajena de un incapaz? Responderá Carpi diciendo que si en efecto la anulación ha sido ya declarada a instancia de quien esté legitimado *ex articulo* 1302 CC, en el pleito el tercero hipotecante podrá oponer la extinción de la hipoteca por anulación del crédito; pero si no ha sido éste ya anulado, nada podrá hacer aquél. Pues vaya.

¹³⁵ A idéntica solución se llega en el Derecho italiano, aunque por una vía más directa aún. Para zanjar el debate que se originó acerca de si el artículo 1927 *Codice*-1865 (nuestro art. 1853 CC) era o no aplicable al tercero hipotecante –y también al tercer poseedor– (vgr., a su favor, GORLA, 1935, p. 101; CHIRONI, I, p. 652, y II, pp. 528, 529, 563 y 564; y PALUMBO, p. 8), el CC italiano-1942 estableció dos normas al respecto: una la del artículo 2859, sobre el tercer poseedor, y otra, la del artículo 2870, sobre el tercero hipotecante. Aunque no siendo partidarios, como dijimos en el epígrafe I, de acudir sin más en esta cuestión al Derecho comparado por ser arma de doble filo, en esas normas italianas hay un argumento para negar también en nuestro Derecho la aplicación del artículo 1853 *in fine* al hipotecante no deudor: el artículo 2870 italiano se remite, no al artículo 1945, sobre fianza (nuestro 1853), sino al artículo 2859, sobre el tercero adquirente del bien hipotecado, y en él no se hace salvedad ninguna acerca de la incapacidad del deudor como excepción oponible. Por eso, según la unanimidad de la doctrina italia, tanto el tercer poseedor, como el hipotecante no deudor sí pueden oponer la incapacidad del deudor (así, entre otros muchos, el propio GORLA, 1985, pp. 396 y 397; PACIFICI-MAZZONI, p. 102; GENTILE, pp. 18 y 19, añadiendo que el artículo 1945 italiano no es aplicable al tercero hipotecante por ser una norma excepcional al ser contraria a la accesoriedad; siguiéndole, RUBINO, D: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. Cicu-Messineo, Milán, 1956, p. 464; BARBIERI, p. 45; y siguiendo a estos dos últimos, BOERO, p. 673). En cambio, el actual artículo 698 CC portugués, sobre hipoteca, guarda gran similitud con el 637 (similar a nuestro 1853). En nuestra doctrina, expresamente niegan la aplicación del artículo 1853 *in fine* al «fiador real» algunos de los propios partidarios de tal figura híbrida (vgr., MORENO QUESADA, L, p. 189; y BELUCHE, p. 20, siguiendo ésta a Gorla, pues el «fiador real», a diferencia del fiador personal, no compromete todo su patrimonio).

Otro cantar, por supuesto, es que aunque, sustancialmente, el hipotecante no deudor pueda oponer frente al acreedor cualquier excepción derivada del crédito, o de la hipoteca, según lo que conste en el Registro, tal posibilidad queda procesalmente muy mermada, o por lo menos postergada, a la vista del imperativo y taxativo listado de excepciones (de causas de oposición y de suspensión) que, a salvo en el juicio ordinario (sólo ejercitable por acción hipotecaria si el deudor es titular del bien hipotecado), se permiten en los diversos procedimientos –judiciales y extrajudicial– para instar la ejecución hipotecaria [cfr., arts. 82 y 144 LH, 190 y 240 RH, artículos 557 ss. LEC, sobre juicio ejecutivo ordinario, artículos 695 a 698 –importando aquí mucho este último– LEC –y ya antes el artículo 132 LH– sobre el juicio ejecutivo hipotecario, y art. 236, letras ñ) y o) RH, sobre el extrajudicial o notarial]¹³⁶. Imperatividad y taxatividad de causas oponibles que obedecen, en general, a razones de orden público, y en particular sobre los procesos ejecutivos hipotecarios, a la sumariedad y celeridad de los mismos habida cuenta, precisamente, de la necesidad de dar expresión procesal a una carga real, la hipoteca, en garantía del crédito territorial. Todo lo cual, a diferencia de lo dicho acerca de algunas otras normas de la fianza, impide su contravención por acuerdo, que de haberlo sería radicalmente nulo (*ex art. 6, aps. 2 y 3 CC*).

IV. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INNECESARIEDAD O POR SU EXCEPCIONALIDAD, SEGÚN SE INTERPRETE LA *RATIO* Y EL ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1849 Y 1975 *IN FINE* CC

Uno de los preceptos que resultan inaplicables al hipotecante no deudor por su innecesariedad o por su excepcionalidad es el artículo 1849 CC, en sí de difícil interpretación por subyacer en él cuestiones de suyo complejas como son la dación en pago y la novación. Sin necesidad de entrar aquí en su aclaración, lo innegable es que cualquiera que sea su sentido, dicha norma jamás resultará aplicable al tercero hipotecante¹³⁷:

Una de las posibles explicaciones del artículo 1849 CC fue ya hecha, incluso antes de que existiera su antecedente francés (el

¹³⁶ Así lo advertían hace tiempo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (III-2.º, pp. 271 y 272); y hoy lo hace CARPI (pp. 171 ss.).

¹³⁷ Así, en cierto modo, hace tiempo, lo dijo DE PAGE (t. 7, p. 826), ya que la cuestión, en el fondo, a discernir es si la dación en pago implica o no novación.

art. 2038 *Code*), por Pothier (II, pp. 218 y 219) y Domat (núm. 7-6): conforme al Derecho romano y a la tradición consuetudinaria francesa, de tinte romanista, entendían en general que la dación en pago era *pro solvendo*, que no implicaba automáticamente novación extintiva de la deuda por cambio de objeto hasta que el acreedor adquiriera definitivamente la propiedad de la cosa dada en pago. Hasta entonces, el acreedor ostentaba un dominio sobre la cosa dada sometido a condición resolutoria o a revocación, y del pago de la deuda podía decirse un tanto de lo mismo. Por eso, si el acreedor llegaba a perder la cosa por evicción, quedaba resuelta la dación siendo nulo el pago, de modo que la deuda aún existía y con ella, lógicamente por su accesoriedad, subsistía cualquier garantía adicional, fuese real o personal, que tuviese. Pero vieron Pothier y Domat que, por razones de equidad («*Nemo ex alterius facto prae gravari debet*», nos recuerda Pothier), el fiador debía quedar libre en caso de evicción, que la fianza, aunque por principio debía subsistir, debía como justa excepción extinguirse: primero, porque un acuerdo celebrado entre acreedor y deudor, como sería la dación en pago, no debería afectar al fiador (de nuevo –según vimos en los epígrafes II.1 y III.1–, la misma *ratio* de los arts. 1835, 1851,...); y, segundo, por el riesgo que para el fiador supondría la posible posterior insolvencia del deudor una vez anulada la dación en pago (de nuevo, el mismo riesgo aducido en los arts. 1843, 1851,...)¹³⁸. Idéntica explicación es la que muchos han dado luego al artículo 2038 CC francés, a nuestro 1849 CC o al de su correspondiente CC, como norma fundada, genéricamente, en la equidad, o más concretamente en el *favor fideiusoris*¹³⁹. Y de admitirse, al ser norma excepcional, no debe ser aplicada al hipotecante no deudor, como decía el propio Domat (cit.)¹⁴⁰.

¹³⁸ Tal interpretación y el propio artículo 1849 CC son hoy fuertemente criticados por CARRASCO (y otros, pp. 185-187), porque finalmente se hace recaer el riesgo de insolvencia del deudor en el acreedor, cuando precisamente la fianza existía para eludir tal peligro. Por eso, pronostica que en la práctica, o no se aplica dicha norma, si se entiende que la dación es *pro soluto*, pues nunca el acreedor va a aceptar la dación en pago, o bien siempre se va a acordar que aquella sea *pro solvendo*.

¹³⁹ Así, en Francia, LAURENT (T. 28, pp. 282 ss.); TROPLONG (T. 17, pp. 531 y 532); COLIN y CAPITANT (p. 31); los MAZEAUD (pp. 39 y 233); SIMLER y DELEBECQUE (p. 169), quienes concluyen, con la común opinión francesa actual, que el artículo 2038 CC francés al ser norma derogatoria de las reglas generales sobre el pago debe ser de interpretación estricta: sólo aplicable a la fianza y en caso de verdadera dación en pago. En España, ya hace tiempo ESCRICHE (p. 699), casi reproduciendo a Pothier; LACRUZ (p. 354), aunque por diversas razones; Q.M.S. (pp. 679 y 680); GUILARTE ZAPATERO (p. 302-306); PÉREZ ALVAREZ (p. 264).

¹⁴⁰ Así ya, parece que PLANIOL (p. 404); claramente, TROPLONG (IV, pp. 5 ss.), siguiendo a Domat, y defendiendo la reserva del rango de la hipoteca resucitada; los MAZEAUD (II, p. 233); en Italia, PALUMBO (pp. 40 y 41). No es así ya hoy en Italia, pero porque antes los artículos 2031 y 2032 *Codice*-1865 y hoy el artículo 2881 CC italiano-1942 prevén expresamente que la extinción nula de la deuda hace permanecer la hipoteca, en tanto aún no haya sido cancelada. Curiosamente, en Italia hoy ya no existe una norma

Y a igual conclusión se llega, aunque por diverso camino, si se admite la otra explicación, la más conforme a la intención del legislador (francés, español,...), de romper con la tradición romanista. En efecto, a la vista de las explicaciones dadas por los Tribunales Treilhard, Chabot y Lahary en los trabajos parlamentarios previos al *Code* (que pueden verse traducidas en G.^a Goyena y Aguirre, p. 118) y a las de García Goyena (IV, p. 166) acerca del artículo 1763 Proyecto CC-1851 (que copia nuestro art. 1849 CC), en la mente del codificador francés y en la del nuestro la justificación fue otra bien distinta, que incluso hoy podría tildarse de innecesaria si no se tiene la suficiente perspectiva histórica acerca de la dación en pago y de la novación: se explicaba la extinción de la fianza por la dación en pago aun en caso de evicción porque estimando que la dación en pago, a diferencia de la cesión para pago (cfr., art. 1152 Proyecto CC-1851), es *pro soluto*, produciendo por ello automáticamente la novación extintiva de la deuda por cambio de objeto, con ella, lógicamente por su accesoriidad, también había de estimarse automáticamente extinguida la fianza, que en ningún caso –salvo por voluntad del propio fiador– resucitaba en caso de evicción por cuanto ésta, la evicción, hacía surgir una deuda nueva (la acción en garantía), diversa de la primitiva por fundarse en un título diverso, y que por dicha novedad no podía quedar garantida por aquella misma fianza, pues lo impedirían su propia accesoriidad y su carácter restrictivo (cfr., arts. 1826 y 1827.I CC). De admitirse esta explicación (que podría chocar, tal vez, con el art. 1204 CC), seguida hoy por muchos¹⁴¹, la misma sería sin duda trasladable a la hipoteca por deuda ajena, mas no por aplicación analógica del artículo 1849 CC, sino por aplicación directa del artículo 1207 CC, sobre novación en general¹⁴², que,

correlativa a su antiguo artículo 1929 (nuestro 1849), proponiendo por ello FRAGALI (pp. 382 y 383) que aquel artículo 2881 vigente se aplique al fiador. Contradictoriamente, LAURENT, tras decir (*vid.*, nota anterior) que el artículo 2038 *Code* es norma excepcional fundada en razones de equidad, luego (T. 31, pp. 352 y 353), dice que tal norma sí es aplicable al hipotecante no deudor por fundarse en la accesoriidad. Entre nosotros, GUILARTE ZAPATERO (p. 310), tras considerar a la norma excepcional, sin embargo luego se limita a plantear sus dudas acerca de su aplicabilidad a cualquier garantía –real o personal– prestada por tercero sin decantarse.

¹⁴¹ Así, en Francia, BAUDRY (T. 24, pp. 599 ss.); PLANIOL (p. 33); BONNECASE (II, p. 586); COLIN y CAPITANT (pp. 31 y 49); los MAZEAUD (p. 38); JOSSERAND (p. 425); DAGOT (pp. 62 y 63); en Italia, BORSARI (p. 369), acerca del artículo 1929 CC italiano-1865; y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 349 y 350); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (p. 838); CASTAN (p. 779); PUIG PEÑA (p. 590); DE ROVIRA (en EJE, p. 249, y en NEJ, p. 706); ALBALADEJO (II-1.º, p. 157); Díez-PICAZO (pp. 458 y 558). CARRASCO (cit.), también crítica tal explicación, como al artículo 1849 en sí: por un lado, se incurre en una petición de principio, pues se presume que la dación es *pro soluto*, y por otro, de serlo, ¿qué añade –dice– el artículo 1849 al más general 1847 CC?

¹⁴² Así, muchos de los propios partidarios del «fiador real», como Díez-PICAZO (p. 558); MORENO QUESADA (pp. 208 y 209); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 481 y 482);

como sucede con otros preceptos vistos y por ver (vgr., 1193, 1302,...), aunque hable de «*obligaciones accesorias*», al fundarse en la idea de accesoriedad, no en la naturaleza obligacional de lo accesorio, es aplicable de suyo a la hipoteca; así lo aclaraba expresamente García Goyena al comentar el artículo 1138 Proyecto CC-1851 (precedente, mucho mejor redactado, del actual artículo 1207 CC)¹⁴³. Y, de nuevo, otro cantar será que el hipotecante no deudor pueda, o no, oponer la dación en pago frente al acreedor, dependiendo ello, sobre todo, de que haya o no previamente cancelado la hipoteca (cfr., arts. 144 LH, 240 RH, 557.1.1.º, 695 y 698.1 LEC).

El artículo 1975 CC *in fine*, sin precedente ni correlativo en otros ordenamientos, es otro de los inaplicables al hipotecante no deudor por su singularidad o por su innecesariedad: si, como creen algunos¹⁴⁴, es norma excepcional, por ser salvedad a la accesoriedad y a las causas generales de interrupción de la prescripción extintiva *ex* artículo 1973 CC, sin más no cabe su extensión analógica (art. 4.2 CC); en cambio, si, como otros creen, aquella norma se fundamenta precisamente en el carácter accesorio y restrictivo de la fianza (*ex* arts. 1826 y 1827.I CC), y, por ende, en que ningún acto del deudor, en «confabulación» con el acreedor, puede perjudicar al fiador (cfr., arts. 1835 y 1851 CC)¹⁴⁵, tampoco será aplica-

CORDERO (p. 250), añadiendo ambos, con razón innegable, que el principio de especialidad registral impide que la hipoteca pase a asegurar la obligación de evicción; BELUCHE (p. 22), añadiendo la accesoriedad como fundamento del artículo 1849 CC, y, no obstante, aludiendo luego a la aplicación del artículo 1207 CC; CARPI (pp. 193-197). En otros Ordenamientos hay al respecto referencia expresa a la hipoteca, o incluso a la extinción de las garantías dadas por tercero en caso de dación en pago: así, los artículos 1278 ss. *Code*, al cual se traslada la misma explicación que para la fianza *ex* artículo 1281 CC francés; los artículos 2031 y 2032 *Codice*-1865 y 1197 y 1200 CC-1942; y el artículo 839 CC portugués.

¹⁴³ Decía el artículo 1138 Proyecto CC-1851: «*Por la novación se extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias. (...) Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario también el consentimiento de este*». Y comentaba GOYENA (III, p. 156): «... y también los privilegios adheridos á la obligación anterior... y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda ó hipoteca con los intereses y cláusula penal... a no ser que haya repetido la fianza ó hipoteca». Y acerca de lo del consentimiento del tercero decía (p. 157): «por ejemplo, en la fianza ó hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos solo aprovechan y dañan á los contrayentes y sus herederos». Más claro fueron del Proyecto CC-1836 sus artículos 1953 («*Como consecuencia de la novación, caducan las hipotecas con que el deudor aseguró el cumplimiento de la obligación principal*») y 1960 («*La novación hecha con el deudor acerca de las hipotecas prestadas por éste extingue las obligaciones de sus fiadores*»). Así ya mucho antes en Derecho Romano: «*Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur*» (D. 13.7.11.1). «Cuando se hace legalmente la novación, se liberan las hipotecas y la prenda, y no corren los intereses» (D. 46,2,18, trad. D'Ors).

¹⁴⁴ Díez-PICAZO (p. 455).

¹⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, p. 820). Confrontándolo con el artículo 1835 CC, decía MANRESA (XII, p. 894), que de no existir ese inciso final del artículo 1975 CC, «podría darse lugar á perjuicios inevitables para el fiador, el cual podría resultar grandemente perjudicado por una simulada reclamación extrajudicial del acreedor ó por un supuesto reconocimiento del deudor». Siguiéndole, GUILARTE ZAPATERO (p. 285 ss.). Por su parte, DE BUEN (en Colin, p. 40), decía que «la última parte de este artículo -1975- está inspirada en el deseo de evitar una confabulación entre el acreedor y el deudor principal contra el fiador».

ble aquella norma al tercero hipotecante, ahora por innecesaria: amén de que la accesoriadad y el carácter restrictivo así lo hagan, máxime cuando tales rasgos están incluso reforzados por la exigencia registral de especialidad en la hipoteca (cfr., sobre prescripción y posible interrupción, los arts. 82.5 y 144 LH, 240 RH, y arts. 557.4.º, 695.1.1.º y 698.1 LEC), para proteger al hipotecante no deudor de posibles engaños del deudor, ahí están, en general, el artículo 6.2 CC (por cierto, inexistente cuando ya existía el 1975 CC), y, en particular sobre prescripción, el artículo 1937 CC, como concreción incluso de aquél más general, en cuya referencia a «*cualquier otra persona interesada*» incluye, desde luego, al tercero hipotecante¹⁴⁶.

V. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU INCOMPATIBILIDAD CON EL RÉGIMEN O CON LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA

1. NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES CON LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1822, 1847 *IN FINE* Y TODOS LOS QUE REGULAN LA SUBFIANZA

Toda norma de la fianza que se fundamente en su naturaleza jurídico-personal o que la refleje y exprese será inaplicable, tanto por vía analógica como convencional, a la hipoteca por ser *contra naturam suam*, incompatible con su naturaleza jurídico-real. Así sucede, sin duda para nadie, con los artículos 1822 *in totum*¹⁴⁷ (vs. art. 1857.II) y 1847 *in fine* CC.

Precisamente, al no implicar la hipoteca de suyo deuda, ni responsabilidad, ninguna aplicación para ella tienen las normas sobre subfianza (cfr., arts. 1823.II, 1836, 1846, 1848 y 1856.II CC). A nadie se le ha ocurrido defender lo contrario. Porque la subfianza nada tiene que ver con la posibilidad de una hipoteca en garantía de una fianza (propia o ajena), pues en tal caso la hipoteca agota su relación con la deuda que asegura, sea ésta principal o a su vez accesoria de otra. Incluso en tal caso, la aplicación del artícu-

¹⁴⁶ Así también se advierte en la doctrina extranjera: recientemente, siguiendo a la común opinión francesa acerca del artículo 2225 *Code*, MESTRE (y otros, pp. 526 ss.); y, en Italia, ya lo advertía, refiriéndose al artículo 2112 *Codice*, CHIRONI (I, pp. 665 y 666).

¹⁴⁷ La STS de 23 de marzo de 2000 niega al hipotecante no deudor la aplicación del artículo 1822, y, por ende, la de los artículos 1137 y 1144 CC.

lo 1848 CC resultaría innecesaria, como innecesario en cierto modo es en sí el propio artículo 1848 CC¹⁴⁸, pues si bien tal norma se explica, no tanto por la accesoriedad, sino porque nadie puede ser fiador de sí mismo (*ex art.* 1193 CC), si el fiador o el deudor prestara además una hipoteca, ésta, a pesar de la confusión entre deuda y fianza, subsistiría, porque no hay confusión entre deudor y garante real¹⁴⁹. Mucho menos tiene la subfianza que ver con la denominada subhipoteca (del art. 107.4.º LH): ésta es la hipoteca de la hipoteca que realiza el propio acreedor hipotecario¹⁵⁰. La subfianza, en cambio, consiste en la fianza de la fianza, en que una persona, el subfiador, a su vez asegure la deuda y la responsabilidad del fiador; una figura ésta imposible en la hipoteca, pues, ¿qué iba a asegurar la hipoteca de una hipoteca, que no es deuda ni responsabilidad? De nuevo, la necesidad de no confundir hipoteca con responsabilidad, porque de hacerlo, podría plantearse, al menos teóricamente, la existencia de una hipoteca que asegure una responsabilidad hipotecaria, cuando de darse tal caso, se trataría realmente de asegurar el valor económico del bien hipotecado. Y para eso ya están los artículos 110 y 117 LH, 219.1.º RH y, siendo muy empleados en la práctica, los contratos de seguro.

2. NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES CON LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD Y DE INDIVISIBILIDAD, Y POR ENDE CON LA PROPIA NATURALEZA, DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1825, 1826.II, 1827.II, 1837 Y, CON ÉL, LOS ARTÍCULOS 1844, 1845 Y 1850 CC

Tampoco son aplicables, ni por analogía ni convencionalmente, aquellas normas de la fianza que contraríen el principio de especialidad que *ex* artículos 9, 12 LH y sus concordantes hoy rige en toda hipoteca, tanto para el bien que grava como para el crédito que ase-

¹⁴⁸ Acerca de su idéntico precedente, el artículo 1762 Proyecto CC-1851, decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 165): «Es decir, que el acreedor conserva en este caso su acción contra el sub-fiador; pero yo no veo que esto mereciese un artículo separado como lo tiene en todos los Códigos, porque á nadie ha podido ocurrir duda de que la conservaba: Rogron pone un ejemplo tan inútil como el artículo. Si la confusión se verificase por heredar el acreedor al deudor ó fiador, ó alguno de estos á aquel, se extinguiría también la obligación del subfiador: vé los artículos 1156 a 1159», sobre confusión en general.

¹⁴⁹ Así, POTHIER (II, pp. 207 y 208); CHIRONI (I, pp. 664, 665, nota 2, 679 y 680); y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 347 y 348); y Q.M.S. (p. 666). En cambio, INFANTE RUIZ (p. 180), considera aplicable el artículo 1848 CC al «fiador real» por fundarse aquella norma en la accesoriedad.

¹⁵⁰ Para una explicación sintética de la subhipoteca, puede verse nuestro *Derecho o carga real*, *cit.*, pp. 461-463, donde seguimos, sobre todo, las explicaciones de Roca Sastre y de Gullón Ballesteros, éste en su monografía sobre la subhipoteca.

gura (en su capital y, en su caso, en sus intereses, remuneratorios y moratorios, fijos o variables, en sus costas, gastos,...) –y que es lo que aquí importa–.

Así, *a.e.*, sucede con los artículos 1825 y 1827.II CC, sobre fianza de deuda futura y sobre fianza simple o indefinida, respectivamente ¹⁵¹. Nuestro Derecho, que *in abstracto* permite la hipoteca en garantía de cualquier deuda (cfr., arts. 1861 CC y 105.1 LH), de entre las hipotecas de seguridad que contempla, recoge expresamente la posibilidad de hipoteca en garantía de deudas futuras –y condicionales– (arts. 142 y 143 LH y concordantes), mas exigiendo desde un principio la constancia registral, la determinación, o cuando menos cierta determinabilidad, de los elementos básicos y esenciales de la deuda por nacer (vgr., su cuantía máxima, como sucede con las llamadas «hipotecas globales, flotantes u *omnibus*») ¹⁵², impidiéndose por tanto que «*su importe no sea aún conocido*», lo que, en cambio, sí permite el artículo 1825 CC (al cual pertenece la frase anterior entrecomillada).

También el principio de especialidad, coadyuvado por el de accesoriedad, impide que, por hipótesis, pueda plantearse el problema que resuelve el artículo 1826.II CC, de modo que, por otra razón más (a las ya vistas en el epígrafe II.1), tampoco tal norma requiere de aplicación al hipotecante no deudor para llegar a su misma solución.

Continuando con el principio de especialidad, ahora conjugado, o más bien confrontado, con el de indivisibilidad (*ex* arts. 1860 CC, 122 LH y concordantes), tampoco tiene aplicación para la hipoteca por deuda ajena, para cuando sean varias las hipotecas constituidas, por el mismo o por diversos dueños, en garantía de

¹⁵¹ También niegan la aplicación de tales normas al hipotecante no deudor, y a la hipoteca en general, CAMY (pp. 414 ss. y 521); YSAS SOLANES, M. (*El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, p. 49); BLASCO GASCO, F. P. (*La garantía hipotecaria y el crédito hipotecario*, Valencia, 2000, pp. 255 y 256); y, según citan dichos autores, las RRDGRyN de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998 y de 7 de junio de 1999. A ellas ha de añadirse la STS de 23 de marzo de 2000. Sorprendentemente, AZPITARTE (p. 76), considera aplicable el artículo 1827 CC por fundarse en la idea de garantía por deuda ajena y, por ende, en el *favor fidejussoris*, lo que, de admitirse, haría inaplicable tal norma al tercero hipotecante por su excepcionalidad (*ex* art. 4.2 CC).

¹⁵² Al respecto, puede verse, entre otros, nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 350 y 351. Por su parte, las denominadas hipotecas globales son en su intención muy similares a la clásica fianza *in omnem causam* (como híbrido de fianza por deuda futura y de fianza indefinida *ex* artículos 1825 y 1827.II CC), pues con ellas se pretende asegurar el pago de todas las deudas, presentes y futuras, que un mismo deudor tenga con un mismo acreedor, y todo ello con una única hipoteca; sin poder aquí profundizar en tales «hipotecas globales», pues por sí solas pueden ser objeto de estudio específico, baste con decir que la jurisprudencia registral y la más autorizada doctrina exigen, para su validez e inscribibilidad, su configuración como hipotecas de máximo, es decir, que en su inscripción registral conste el máximo de deuda que cubre la hipoteca, quedando con ello, por tanto, cumplida la exigencia de especialidad.

una misma deuda ajena, el artículo 1837 CC; y, por arrastre, tampoco la tendrán los artículos 1844, 1845 y 1850 CC, siendo, en cambio, aplicables los artículos 119 ss. LH, 216 y 221 RH, entre otros¹⁵³, que en su exigencia de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas y en su prohibición de hipotecas solidarias, no admiten contravención ninguna por una imperatividad, la de tales normas, fundada en razones de orden público (vgr., el fomento y la fluidez del crédito territorial)^{154 155}. Hay práctica

¹⁵³ «Estas normas –como explica la propia BELUCHE (cit.)–, imponen la necesidad de la previa distribución de la carga real hipotecaria entre las distintas fincas, disponen que cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder (arts. 119 LH y 216 RH) y que fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los artículos anteriores (art. 120 LH), por lo que el derecho del acreedor a realizar el valor sólo es oponible al hipotecante en el *quantum* y para las obligaciones determinadas *ab initio*». Así lo dice BELUCHE (cit.), apoyándose, con cita en nota, en CORDERO (cit.), creyendo con él y con PUIG BRUTAU (III-3.º, p. 145), que el artículo 121 LH no es de aplicación al tercero hipotecante, pues aquella norma se funda y manifiesta que los bienes hipotecados pertenecen aún al deudor, estando por ello tales bienes sometidos a la responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 CC. En ello insiste CARRASCO PERERA (y otros, como el propio Cordero, p. 481). En contra de esta opinión, mostrándose, pues, a favor de la aplicación del 121 LH al hipotecante no deudor, con razones más que convincentes a las que nos remitimos, CARPI (pp. 123-125). Y continúa diciendo Beluche: «Por tanto, en nuestro Derecho, cuando son varios los inmuebles dados en garantía de un mismo crédito, el legislador impone que el acreedor hipotecario únicamente puede hacer efectivo su derecho real de hipoteca contra cada una de las fincas hipotecadas por el importe de la porción de su crédito por la que cada una de ellas responda». Añádase a ello, en lo procedimental, que a los efectos ejecutivos, en la propia demanda irá de suyo implícita el respeto a tal distribución, sin que el hipotecante deba alegar nada como excepción. En esto, dicho régimen hipotecario difiere del fideiusorio, por cuanto el beneficio de división de los fiadores, como tal beneficio, habrá de ser en su caso opuesto por ellos contra el acreedor, pudiendo hacerse tal oposición en cualquier estado de la causa, incluso una vez contestada la demanda, por ser el de división una excepción perentoria (no dilatoria), por cuanto se encamina a limitar el pago, no a paralizar la acción.

¹⁵⁴ *Vid.*, por todos, ROCA SASTRE (IV-1.º, pp. 526-529), con el postulado de razones que abogan por la prohibición de las hipotecas solidarias, también aducidas, incluso antes que por Roca, por BARRACHINA y PASTOR (III, pp. 93-95); CAMPUZANO y HORMA (pp. 484 y 485); DE CASSO ROMERO (pp. 642-646); y otros. También podría citarse en el mismo sentido la RDGRyN de 12 de marzo de 1936, como pionera.

¹⁵⁵ A lo dicho en texto puede añadirse, como insistencia en la inaplicación del 1837, que incluso la coincidente divisibilidad natural proclamada en las normas sobre fianza y sobre hipoteca obedece en unas y otras a razones totalmente diversas: en la fianza tal divisibilidad supone un trato de favor o privilegio –no en vano, se habla del «*beneficio*» de división, concedido ya como tal por el emperador Adriano–, que, en rigor, bien pudiera no ser ni siquiera consecuencia natural de la fianza, como lo demuestran las normas pasadas y actuales foráneas que, al menos a simple vista, parecen partir de la indivisión, en general, o de la solidaridad de fiadores, en particular, como así, por influencia francesa, hacía nuestro Proyecto CC-1851, dejando bien claro –pues aquí no se trata de simple apariencia– que la división, como tal beneficio, no opera de pleno derecho, sino a instancia del fiador, como excepción oponible. *Vid.*, el § 4, Tít. 20, Lib. III, de la Instituta; los §§ 1, 2, 4 y 5 del D. 46.1.51; las leyes 8 y 10, Tít. XII, Partida 5.ª; y la Ley 4, Tít. 18, Lib. III, del Fuero Real, vs. Ley 10, Tít. 1, Lib. 10 de la Novísima Recopilación, favorable ésta a la presunta divisibilidad; y el romanista y afrancesado artículo 1750 Proyecto CC-1851 (y su comentario por G.ª GOYENA, IV, pp. 154 ss.). Y en cuanto al Derecho actual compara-

unanimidad en la doctrina, incluida la favorable a la figura del «fiador real», en proclamar dicha inaplicación por tales razones ¹⁵⁶.

Pero, curiosamente, los partidarios del «fiador real», tras negar tal aplicación extensiva, luego defienden la aplicación del artículo 1844 CC a fin de solucionar el posible conflicto de subrogaciones por pago para cuando en garantía de una misma deuda concurren una hipoteca dada por tercero y una fianza, de modo que cualquiera que sea el garante *solvens*, no habrá subrogación por el *totum*, sino *pro parte*, a prorrata (no en proporción al valor de la deuda, sino al del valor del bien hipotecado) ¹⁵⁷. Incluso alguno

do, véanse los artículos 2025 y 2026.I *Code* (que prácticamente reproducen a POTHIER, II, p. 227) y sus explicaciones dadas por la Sección de Legislación del Tribunal el 18 de enero de 1804 (en FENET, T. 15, pp. 28-30); y, en parecida línea, los artículos 1911 ss. CC italiano-1865, y hoy, el 1947.I CC-1942. En la hipoteca, en cambio, su posible divisibilidad, legal o voluntaria, sin ser quiebra arbitraria de la natural indivisibilidad, se inspira en la necesaria especialidad (y también, más genéricamente, en la imprescindible publicidad) que reina hoy en materia de hipotecas desde la LH-1861, frente a la generalidad y a la clandestinidad antes reinantes y que, precisamente, explicaban la indivisibilidad de toda hipoteca aun en caso de concurrencia con otras en garantía de un mismo crédito. Así sucedía en nuestras Partidas (Ley 43, Tít. 13, P. 5.^a), que proclamaba, lo que CAMPUZANO y HORMA (p. 93) llama, la «solidaridad real». Y ya nos explicaba la EM de la LH-1861, al decir de ésta que reforma en esta sede «nuestro Derecho antiguo. Según este, cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se estiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito territorial mucho mas de lo que en realidad ha desmerecido su riqueza y la garantía que aun ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos: resulta tambien que así vienen á ser protegidas indirectamente por la ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas».

¹⁵⁶ Así, MORENO QUESADA (pp. 181 y 182); luego nosotros mismos, aunque de pasada (en nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., p. 393); CORDERO (p. 250); BELUCHE (p. 17); CARRASCO PERERA (y otros, p. 481); CARPI (pp. 121-125); INFANTE (p. 181), aunque éste sólo refiriéndose al artículo 1850 CC. Ya hace tiempo, la STS de 9 de marzo de 1874 negó a la hipoteca, por no ser estricta fianza, la aplicación de las normas de las Partidas, del Fuero Real y de la Novísima Recopilación antecedentes de las actuales del CC. En cambio, aunque sin concretar ni desarrollar más la idea, PUIG BRUTAU (p. 16), hace tiempo insinuó, al menos, que «en la hipótesis de que las distintas cosas pignoradas pertenecieran a distintos propietarios, podría ser más adecuado tener en cuenta las reglas de la fianza». En Francia, MESTRE (y otros, pp. 14, 15 y 805); SIMLER y DELEBEQUE (núm. 490) —aunque, a decir verdad, éstos no aportan razón alguna y sólo se apoyan en la STCasación francés de 6 de marzo de 1979, que, en efecto, niega la aplicación del 2026 *Code* (nuestro 1837) al tercero hipotecante—; CABRILLAC y MOULY (pp. 273 y 274), apoyándose éstos en las STCasación francés de 21 de junio de 1978 y de 1 de marzo de 1979; los MAZEAUD (II, p. 154); y en Italia, CHIRONI (II, p. 527); MOSCHELLA, I. (*Ipotecche*, en NDI, VII, pp. 199 y 200); MAIORCA (p. 114); RUBINO (p. 476); GORLA (1935, p. 101; y 1985, p. 393); PALUMBO (p. 3); siguiendo a Rubino, CICERO (p. 407); FRAGALI (pp. 835 y 836); BARBIERI (pp. 46 y 47); y BOERO (pp. 674 y 675).

¹⁵⁷ Entre los nuestros, MORENO QUESADA, L. (pp. 203 y 204); CORDERO (pp. 251 254); BELUCHE (pp. 28-30); PANTALEÓN (pp. 3 y 4); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 266, 267, 483 y 484); FELIU REY (pp. 4 y 5); PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207), aunque éste sólo aplicando el 1844 CC cuando hipoteca y fianza se hayan constituido simultáneamente. Algunos de estos autores acuden, en su apoyo, a la STS de 29 de noviembre de 1997, que en efecto aplicaba el artículo 1844 a un hipotecante, mas lo hacía porque ese mismo hipotecante era cofia-

insinúa la aplicación de dicho artículo 1844 CC para cuando concurran varias hipotecas por una misma deuda ajena¹⁵⁸. Y para tal conclusión se apoyan en la idea de que entre ambos sujetos, tercero hipotecante y fiador, existe una especie de cofianza mixta y solidaria, o simplemente una co-garantía solidaria. A esto lleva admitir la figura del «fiador real» y ver en él una simple diferencia de medida con el genuino fiador. Hablar de cotitularidad entre hipoteca y fianza es como decir que el usufructuario que alquila la cosa usufructuada es cotitular del goce con el inquilino, es, como decíamos, la mezcla que se intente hacer de agua y aceite, elementos ambos por naturaleza inmiscibles. Porque aquella unión es naturalmente imposible, o sólo posible en una imaginación quimérica. Porque, de suyo, el artículo 1844 sólo puede ser aplicado a co-garantes de igual naturaleza jurídica, que tengan realmente algo en común; en el caso del 1844 lo compartido por los cofiadores es una deuda, y, además, en solidaridad¹⁵⁹; naturaleza aquélla y régimen éste incompatibles, según lo dicho antes, con la hipoteca¹⁶⁰. ¿Acaso no

dor y había prestado dicha hipoteca en garantía de su cuota de fianza, de modo que pudo dirigirse contra los demás cofiadores tras el pago, no en su condición de hipotecante, sino en la de cofiador solvente. Por su parte, la STS de 23 de marzo de 2000, para un caso parecido (de hipoteca propia de un cofiador), negó el 1844, pero porque –erróneamente, según lo dicho en el epígrafe II.2– le niega en general cualquier derecho a la subrogación por pago. Más rectamente, aunque de pasada, aplica el 1844 CC al hipotecante no deudor, la RDGRyN de 27 de marzo de 1989, para un caso en que la finca originariamente hipotecada se dividió sin distribuirse la responsabilidad hipotecaria *ex* 123 LH. Antes ya de nuestra doctrina, en Francia, se ha venido defendiendo la aplicación al tercero hipotecante del artículo 2033 *Code* (similar a nuestro 1844); así, PLANIOL (pp. 32 y 33), quien pone el siguiente ejemplo: si la deuda era de 20.000 francos y el inmueble valía sólo 10.000, el hipotecante al garantizar una mitad menos que el fiador, sólo soportará un tercio de la deuda; JOSSERAND (p. 736); los MAZEAUD (pp. 65 y 66); BONNECASE (II, p. 585); COLIN y CAPITANT (pp. 30 y 31). En Italia, aplicando el artículo 1920 CC italiano-1865 (nuestro 1844), PALUMBO (pp. 81-84). Es también la posición mayoritaria en la doctrina alemana, que aplica el § 774 BGB (correspondiente a nuestro 1844); *vid.*, por todos, WOLFF (III-2.º, pp. 276-278). Esta solución es la que también la doctrina francesa, desde POTHIER (IX, pp. 449 y 450), propugna para el conflicto subrogatorio entre terceros poseedores de varios bienes hipotecados por una misma deuda, evitando así un circuito inútil de acciones y de subrogaciones (TROPLONG, III, p. 344 –y siguiéndole, en Italia, BORSARI, p. 351–; LAURENT, T., 31, pp. 242 y 243, aunque advirtiendo que tal solución es contraria al principio de indivisibilidad; JOSSERAND, pp. 733 y 734; los MAZEAUD, II, pp. 152 y 153; COLIN y CAPITANT, p. 491; SIMLER y DELEBEQUE, p. 395; MESTRE, y otros, p. 821); y así lo recogió nuestro Proyecto CC-1851, en el último párrafo de su artículo 1117 (sobre subrogación legal por pago), justificándolo GARCÍA GOYENA (III, p. 141), por la necesidad de compaginar con equidad y conveniencia la subrogación con la exigencia de indivisibilidad de la hipoteca.

¹⁵⁸ Lo insinúa, aunque luego parece corregirse, CARRASCO PERERA (y otros, pp. 483 y 484).

¹⁵⁹ Basta para comprobarlo confrontar la cierta sinonimia, que no identidad, existente entre el 1844 y el 1145 CC, o entre el 1845 y el 1148, o entre el 1850 y los artículos 1143 y 1146 CC. Así ya lo advertía GARCÍA GOYENA (IV, pp. 155, 163 y 166), refiriéndose a las normas correspondientes del Proyecto CC-1851 antes citadas.

¹⁶⁰ Así, ya hace tiempo, lo decía PALUMBO (pp. 85 y 86), porque aplicar para tal caso el artículo 1920 CC italiano-1865 (nuestro 1844), si bien pudiera resultar equitativo (y así

se ve que al aplicar el 1844 CC al tercero hipotecante se le convierte en deudor al asumir sólo una parte de la deuda?

Ni siquiera en este punto cabe inspirarse en el Derecho Comparado —que, como se dijo desde el epígrafe I, en esta materia es arma de doble filo—: los que defienden el trasplante del 1844 CC se apoyan, admirándolo, en el artículo 2871.II *Codice*, o mejor dicho, en la interpretación que del mismo hace, frente al resto de la doctrina italiana, Rubino (pp. 479 y 480) para aplicarlo a la colisión posible de subrogaciones entre fiador e hipotecante no deudor¹⁶¹. Mas, conforme a la común opinión italiana, que el criterio del artículo 2871.II, en efecto similar al de nuestro 1844, se refiere claramente a la concurrencia de varios hipotecantes no deudores por una misma deuda: «*Il terzo datore... ha inoltre regresso contro gli altri terzi datori per la loro rispettiva porzione*». No habiendo norma correlativa a ésta en nuestro Derecho, ni siendo aplicable analógicamente, por ser *contra naturam*, el 1844 CC, ¿cómo podría, entonces, solucionarse entre nosotros este conflicto? Conforme a nuestros artículos 119 ss. LH, cuando simultáneamente («a la vez», dice el 119 LH), se hayan

lo propone *de lege ferenda*, para luego hacerse realidad en el 2871.II *Codice*-1942), no era entonces posible *de lege lata*, por la sencilla, pero contundente razón de que la hipoteca es de naturaleza jurídica diversa a la de la fianza. Y entre los nuestros, así lo advierten para negar la aplicación del 1844 por cuanto que entre hipoteca y fianza es imposible estructuralmente que haya cogarantía, cotitularidad, por ser garantías autónomas y de diversa naturaleza, GUILARTE (cit., y pp. 188, 259, 260 y 360); el propio defensor del «fiador real», AZPITARTE CAMY (p. 111); RUBIO GARRIDO (pp. 247 y 248), refiriéndose éste a la STS de 29 de noviembre de 1997, antes citada. Ya en el propio Derecho Romano había textos que evidenciaban tal independencia entre fianza e hipoteca existentes en garantía de una misma deuda (vgr., D. 46.1.52, de Papiniano; D. 46.1.54, de Paulo; y D. 46.1.63, de Scaevola). La réplica que a esta contundente evidencia hace MORENO QUESADA, L. (p. 204), para defender la aplicación del 1844 al caso que nos ocupa, es, como poco, debilísima: por un lado, dice que el artículo 1844 CC no habla de cofiadores, sino de fiadores. ¡Olvida los artículos 1837, 1845 y 1850 con los que aquél se conecta, y olvida los artículos 1143, 1145, 1146 y 1148 a los que éstos se asemejan! Además, de la confrontación entre los artículos 1837 y 1844 CC, claramente se deduce que éste incluye el caso de cofianza solidaria (pues se trata de un fiador que pagó al acreedor el todo de la deuda por carecer del beneficio de división). Y, por otra parte, dice Moreno Quesada que no es obstáculo que el artículo 1844 hable de «fianza» cuando como es harto sabido tal palabra se emplea muchas veces en sentido amplio en nuestro Derecho, como equivalente a garantía en general. Así es, y así quedó advertido desde un principio en el epígrafe I; pero ¡para ver que prácticamente el único lugar donde el legislador emplea propiamente la palabra «fianza» es en sede de la genuina fianza, esto es, en los artículos 1822 ss., incluido el 1844!

¹⁶¹ También intenta resolver RUBINO (pp. 194 y 195) aquel conflicto acudiendo al artículo 2911.I CC italiano-1942, diciendo que el acreedor hipotecario ha de ejercitar primero la acción real contra el hipotecante no deudor. Pero luego (pp. 380 ss.), con razón, parece rectificar diciendo que en la concurrencia de hipoteca dada por tercero y de fianza, el acreedor tiene libertad para dirigirse contra uno u otro, porque el artículo 2911.I, como sucedía con nuestro artículo 1447 LEC-1881, al consagrar el llamado beneficio de excusión real, sólo se refería al caso en que la hipoteca fuese dada por el propio deudor y que éste aún conservara el bien hipotecado en el momento de su ejecución. Esta es la opinión común italiana acerca del artículo 2911.I *Codice* vigente, que, en efecto, dice: «*Il creditore che ha pegno su beni del debitore non può pignorare altri beni del debitore medesimo, se non sottopone a esecuzione anche i beni gravati da pegno...*».

constituido varias hipotecas sobre varias fincas –de distintos dueños, claro– en garantía de una misma deuda, en principio, no debe haber problema subrogatorio alguno entre los varios hipotecantes: dada la distribución de «responsabilidades» existente entre las varias hipotecas, entre las varias fincas hipotecadas, es muy probable que vencida y no pagada la deuda el acreedor inste la ejecución de todas las hipotecas, cada una por el *quantum* que cubre, por lo que finalmente todas las hipotecas se extinguirán, y cancelarán, por su propio ejercicio. Si, en cambio, el acreedor sólo insta la ejecución de una, o sólo de algunas, de las varias fincas hipotecadas, el dueño que padezca la ejecución se subrogará por pago, pero sin que ello suponga amenaza de colisión con la posible ulterior subrogación de los otros hipotecantes, porque aquella subrogación será parcial, sólo en la parte del crédito pagado a secas, permaneciendo las demás hipotecas en garantía del crédito parcial restante que por no haber sido satisfecho con aquella ejecución hipotecaria aún conserva el primigenio acreedor (cfr., art. 1213 CC)¹⁶². Y si se diera el caso de que las varias hipotecas recayentes sobre varias fincas en garantía de la misma deuda no se hubiesen constituido simultáneamente (o «*a la vez*», como dice el 119 LH), sino de forma sucesiva, tal vez para solucionar posibles colisiones de subrogaciones entre los hipotecantes habría que acudir al principio de prioridad registral, según la fecha de inscripción, pues *qui prior est in tempore, potior est in iure*¹⁶³.

Pero para el otro caso, el del posible conflicto subrogatorio entre fiador e hipotecante por una misma deuda ajena, el artículo 2871.II CC italiano-1942, conforme a sus más generales artículos 1204 y 1263 (equivalentes a nuestros arts. 1212 y 1528 CC), se limita a decir que «*il terzo datore ha regresso contro i fideiussori del debitore*» –y contra terceros *ex* artículos 1204 y 1263 (nuestros 1212 y 1528)–; limitándose también, por su parte, a decir el artículo 1949, como nuestro 1839, que «*il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il*

¹⁶² Aunque sin explicarlo de este modo, de la incomunicación entre las varias hipotecas habla AZPITARTE CAMY (p. 111), de modo que el hipotecante que primero pague no podrá repetir nada frente a los demás hipotecantes no deudores.

¹⁶³ Esta es la solución que hoy expresamente consagra, para el conflicto subrogatorio que pueda darse entre los terceros poseedores de distintas fincas hipotecadas por una misma deuda, el artículo 2866 CC italiano-1942, que, acorde con sus artículos 2856 y 2857, atiende a la fecha de inscripción de la adquisición del bien ya hipotecado. Así ya lo proponía antes PALUMBO (pp. 78 ss.), *ex* artículo 2022 *Codice*-1865, frente a la solución francesa (de aplicar el 2033 *Code*; nuestro 1844), no sólo para el caso de conflicto subrogatorio entre terceros poseedores, sino también para el que pudiera darse entre terceros hipotecantes de varias fincas hipotecadas sucesivamente por un mismo crédito. También atienden a la fecha, no de pago, sino de constitución de la garantía, aunque para resolver el conflicto entre fiador e hipotecante no deudor, PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207); y, sólo insinuándolo, GUILARTE ZAPATERO (p. 220).

debitore». De modo que tampoco ha quedado claramente solucionado en el *Codice* actual aquel conflicto de subrogaciones entre hipotecante no deudor y fiador, máxime cuando en dicho Código ambos sujetos tienen por igual especialmente protegida su respectiva expectativa de subrogación (art. 1955 *Codice*, sobre fiador, y art. 2869 *Codice*, sobre tercero hipotecante, siendo ambas normas correlativas a nuestro art. 1852 CC)¹⁶⁴. Mas no siendo, pues, aplicable el 2871.II a aquel caso, ni siéndolo en nuestro Derecho el 1844, ¿*quid iuris*? Partiendo de que en principio el acreedor tiene libertad de elección entre el fiador y el hipotecante no deudor, pues nunca ha habido norma alguna que la restrinja, de la irrelevancia en este conflicto de la posible excusión del fiador (*ex* 1830 ss. CC), que sólo obligaría al acreedor a dirigirse contra el deudor, lo que por eso mismo imposibilitaría el problema subrogatorio que aquí tratamos, y al margen de posibles acuerdos (que sólo tendrían eficacia obligacional), la regla es la de la igualdad y, en cierto modo, la de la aleatoriedad, o la de una igualdad azarosa o casual si se quiere: si el acreedor decide ejecutar la hipoteca por deuda ajena, el dueño se subrogará en su crédito contando con la fianza en garantía (*ex* arts. 1210.3.º y 1212 CC); y si el acreedor decide dirigirse primero contra el fiador y éste paga, se subrogará en el crédito con la hipoteca (*ex* art. 1839 CC, amén de las anteriores citadas). Sólo en el artículo 1852 CC cabe fundar el posible privilegio que puede merecer el fiador frente al tercero hipotecante de la misma deuda ajena, puesto que tal norma, como quedó demostrado (en el epígrafe III.1), no es aplicable por su excepcionalidad a éste. De lo dicho: si el fiador al prestar fianza tuvo, o pudo tener, en cuenta aquella hipoteca (vgr., porque era simultánea o, sobre todo, anterior, ya existente), y el acreedor decide en caso de impago ejecutar la hipoteca, el dueño de la finca hipotecada se subrogará en el crédito, pero siendo muy probable que lo haga sin la fianza como garantía si el fiador decide liberarse *ex* artículo 1852 CC¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Por eso, la común opinión italiana (a salvo CICERO, pp. 420-423), entiende que aquellas normas sirven para dar preferencia al garante –fiador o hipotecante– en su posible conflicto subrogatorio frente al tercer poseedor de finca hipotecada, mas no entre sí. Porque de darse el conflicto entre fiador y tercero hipotecante, a la vista de la literalidad de la primera frase –reproducida arriba en texto– del artículo 2871.II *Codice* y teniendo en cuenta que el fiador es, para el tercero hipotecante, un deudor más, junto al principal, que también responde ilimitadamente, de pagar primero aquél se subrogará por el *totum* frente al fiador (así, excepto Rubino, los demás; vgr., GORLA, 1985, p. 397, corrigiendo así su opinión de 1935, que es la posteriormente mantenida, sin cambio, por Rubino; GENTILE, p. 369; MAIORCA, p. 115; BARBIERI, p. 53; BOERO, p. 678;...).

¹⁶⁵ Así lo entiende, aunque casi en una posición aislada dentro de la doctrina alemana, ENNECCERUS (II-2.º, pp. 830 y 831), aplicando el § 776 BGB (correlativo a nuestro 1852 CC). Le siguen en su solución PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (II, pp. 833 y 834), pero no se apoyan éstos en el artículo 1852 CC, sino en que la subrogación del fiador es prefe-

Puede que se estime injusto no aplicar el artículo 1852, ni el artículo 1844 CC al hipotecante no deudor, que puede verse finalmente subrogado por pago en un crédito ante un deudor insolvente (cfr., 1844 *in fine*); pero recuérdese –del epígrafe III.1– la excepcionalidad del 1852 CC, que sobre todo se funda no tanto en que el fiador sea garante de una deuda ajena, sino en que asume su propia deuda con su propia responsabilidad patrimonial *ex* artículos 1822 y 1911 CC, lo que le hace merecer cierto trato de favor (el *favor fideiussoris*); por el contrario, el tercero hipotecante, si bien garante como el fiador, no debe ni responde. Es, de nuevo, la diversidad de naturaleza jurídica la que impide la analogía. Y si tal impedimento es arbitrario, al ser la equidad aquí insuficiente para la integración (*ex* art. 3.2 CC)¹⁶⁶, sólo cabe proponer *de lege ferenda* la extensión del 1844, y, de nuevo, si se quiere, la del artículo 1852 CC, adecuándolas a la naturaleza de la hipoteca¹⁶⁷.

3. OTRAS NORMAS DE LA FIANZA INCOMPATIBLES (E INNECESARIAS) CON LAS DE LA HIPOTECA: LOS ARTÍCULOS 1823.I, 1827 A 1829 Y 1854 SS. CC

Tampoco es aplicable al hipotecante no deudor el artículo 1823.I CC en cuanto a la fuente –voluntaria o forzosa– de la

rente porque es consagrada de forma expresa y específica en el artículo 1839 CC frente al genérico artículo 1210.3.º en el que se ampara el tercero hipotecante. No nos parece éste un argumento sólido, porque, como vimos en el epígrafe II.2, la intención del 1839 CC, como ejemplificación y recordatorio del 1210.3.º CC, fue, dada la amplia redacción de éste, la de dejar bien claro que también la subrogación por pago del fiador es legal y automática frente al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del pasado. Más acertadamente se apoya en el 1852 para llegar a la misma solución que Enneccerus, GUILARTE ZAPATERO (pp. 219 y 220), aunque bien es verdad que también muestra sus dudas. En parte siguiéndole, PEÑA BERNALDO (pp. 206 y 207), propone que se atienda a la fecha, no del pago, sino a la de la constitución de la garantía, de modo que si paga quien constituyó su garantía en segundo lugar, puesto que tenía expectativa de subrogarse en el crédito con la primera garantía, se subrogará en efecto por el todo; pero si quien paga es el primer garante, desconocedor de la posterior garantía, su subrogación no alcanzará a la ulterior, pues su expectativa de subrogación no la alcanzaba. Esta solución, sin embargo, choca con la imposibilidad de aplicar el artículo 1852 CC al hipotecante no deudor. Más claramente es esa la solución del artículo 639.3 CC portugués actual, en coherencia con el 653 (nuestro 1852), y la del artículo 507.4 CC suizo. CARRASCO PERERA (cit.), critica la solución legal de ambos Códigos por estimar él que fiador e hipotecante son por igual garantes, pero olvida, una vez más, que el fiador «sacrifica más», pues, aunque en garantía de una deuda ajena, debe y responde ilimitadamente por sí mismo, justificando tal sacrificio la especial protección de su expectativa subrogatoria; mientras que nada de esto acontece con el tercero hipotecante (recuérdese lo dicho en los epígrafes I y III.1).

¹⁶⁶ Es prácticamente el último recurso, el del llamamiento a la equidad, que queda a modo de *leit motiv* a casi todos los defensores patrios de la aplicación del 1844 CC al «fiador real».

¹⁶⁷ Y si, por cierto, así lo hiciera nuestro legislador, que no se limite a copiar los preceptos italianos vistos por cuanto no resuelven del todo la cuestión. Más aún, de hacer

fianza, ni tampoco lo son por extensión, por su conexión con aquella norma, los artículos 1827.I y 1828, sobre constitución de la fianza, ni los artículos 1854 ss. CC, sobre fianza legal y judicial, no tanto porque ya no existan hipotecas judiciales, ni porque las hipotecas legales tengan su propio régimen (*ex arts.* 158 ss. LH y concordantes), sino sobre todo porque tales fuentes son por hipótesis imposibles en la hipoteca por deuda ajena, al ser ésta siempre de origen voluntario. Y siendo siempre convencional la hipoteca por deuda ajena, el artículo 1827.I CC, en su exigencia de explicitud en la voluntad del fiador, resulta inaplicable ante la mayor rigurosidad de los artículos 1875 CC y 145 LH. Ni siquiera es necesario acudir a la letra y espíritu del artículo 1827.I CC *in fine* para estimar que la hipoteca dada por tercero, como cualquier hipoteca, es de interpretación restrictiva. Lo impone de suyo, sin necesidad de norma expresa que lo proclame, su naturaleza como carga real, contraria, por tanto, a la presunta libertad de la propiedad inmobiliaria consagrada en nuestro Derecho, sobre todo, por obra y gracia de la jurisprudencia a partir de otros preceptos relativos a otras cargas reales cuya traslación tiene por eso mismo más sentido para la hipoteca. Abunda también en ello la exigencia registral de especialidad.

Tampoco cabe aplicar al hipotecante no deudor el artículo 1828 CC: para lo exigido en su primera parte, cuya aplicación a la hipoteca únicamente sería pensable en el caso de que el deudor se comprometiese ante el acreedor a que otro hipotecara un bien suyo¹⁶⁸ (pues ni existen hipotecas legales dadas por tercero ni embargos de bienes de personas no deudoras), existen los artículos 1857.2.º y 3.º CC, 138, 139 y 141 LH, en cuanto a la aptitud y legitimación del hipotecante, y la propia lógica económica, atendida siempre por el acreedor hipotecario, de que el valor tasado del bien hipotecado cubra el crédito, no importándole nada en lo demás la solvencia patrimonial del hipotecante (recuérdese de nuevo, del epígrafe I, aquello de que quien presta con hipoteca, más que a la persona, mira a la cosa). Y en cuanto a la competencia jurisdiccional del 1828 CC *in fine* (conforme, hoy, al art. 52.1.3.º LEC, y antes al art. 63.3.ª LEC-1881), que según la común opinión se explica por la accesoriedad de la fianza, y también por su naturaleza personal,

una propuesta de futuro, apostamos por la de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 206 y 207), explicada en notas anteriores.

¹⁶⁸ Decimos tal cosa, porque según la común opinión (GARCÍA GOYENA, IV, p. 148; MANRESA, XII, pp. 248 y 249; LACRUZ, p. 345), el artículo 1828 CC, así como el artículo 1829 CC, sólo tiene aplicación para las fianzas forzosas (exigidas por la ley o por el juez; *cfr.*, 1855 CC) y para el caso en que convencionalmente el deudor se obligue a conseguir fiador para su propia deuda, lo que es muy común en la *praxis*, incluso como condición para la constitución del propio crédito. Así debe ser interpretado el 1828, pues de lo contrario no habría sino reiteración innecesaria en los artículos 1828 y 1854 CC.

a la hipoteca por deuda ajena ha de aplicarse el artículo 684 LEC (antes, el art. 131 LH), que, conforme al artículo 52.1.1.º LEC, atiende al objeto y a la naturaleza jurídico-real de la acción que entra en juego, la hipotecaria.

Muy en conexión con la primera parte del artículo 1828 CC está el artículo 1829 CC, tampoco aplicable al hipotecante no deudor. Ciertamente es que dicho artículo 1829 CC se fundamenta en el principio general de protección del crédito a través de la conservación de sus garantías¹⁶⁹, pero en su concreción dicha norma claramente sólo es aplicable a las garantías personales al atender, en su primera parte, a la solvencia patrimonial del garante, y en su último inciso a la propia persona del garante, cuando nada de ello importa al acreedor con hipoteca. Y, precisamente, frente a la medida del artículo 1829 CC, para asegurar la garantía hipotecaria ahí están en particular los artículos 117 LH y 219.2.º RH, cuya aplicación al hipotecante no deudor nadie discute, pues en ellos se habla del dueño de la finca hipotecada, sea o no el propio deudor, incluso sea el propio hipotecante o un tercero adquirente¹⁷⁰. Asimismo, podría resultar aplicable el más general artículo 1129.3.º CC sobre vencimiento anticipado, precepto éste que, inspirado como los anteriores en la protección del crédito mediante el mantenimiento de sus garantías, pero referido a las garantías en general, puede entenderse aplicable tanto a la fianza (como solución alternativa a la del art. 1829 CC), como a la hipoteca, haya sido ésta prestada por el propio deudor o por un tercero con consentimiento del deudor¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sobre tal principio, puede verse nuestra obra sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pp. 510-513, con autores allí citados y con las normas de las que se extrae aquel principio (vgr., arts. 1094, 1111, 1129, 1503, 1776, 1829, 1867, 1882.2, 1973 CC y 1396 ss. LEC-1881).

¹⁷⁰ Sobre el deber *propter rem* de conservación del bien hipotecado que de tales normas se deduce, puede verse, entre otras, nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 422-455 y 503-521.

¹⁷¹ Siendo, no obstante, esta última afirmación debatida en la doctrina, necesaria parece cierta explicación, aunque sea aquí en nota por exceder del objeto del presente trabajo (el de negar la aplicación de toda norma de la fianza al tercero hipotecante). Limitando tal explicación al tercero hipotecante, por ser objeto del presente estudio, la doctrina admite o niega la aplicación del artículo 1129.3.º CC al mismo por argumentos todos ellos que no nos parecen convincentes. Por las razones que luego se indicarán, lo niegan PALUMBO (pp. 37 y 38), refiriéndose a los artículos 1176 y 1980 *Codice*-1865; con él, pero refiriéndose a los artículos 1186 y 2743 CC italiano-1942, muy similares a los derogados, RUBINO (pp. 345 ss., 352-355 y 364); FRAGALI (pp. 802-804); y, en España, sobre el 1129.3.º CC, CLEMENTE MEORO (*Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, pp. 300 y 301); YSAS SOLANES (p. 68); CARPI (pp. 133-136). Por el contrario, defienden la aplicación del 1129.3.º CC, o de su correlativo foráneo, en caso de hipoteca dada por tercero, GORLA (1935, pp. 157 y 158); CHIRONI (I, pp. 613-615, 675 y 676); MORENO QUESADA, B («El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías» [art. 1129.3.º CC], en *ADC*, 1971, pp. 457 ss.; y, siguiéndole, su hermano, pp. 136 ss.); MONTES PENADES (en *Comentarios*

VI. NORMAS DE LA FIANZA INAPLICABLES AL HIPOTECANTE NO DEUDOR POR SU EXCEPCIONALIDAD, INNECESARIEDAD E INCOMPATIBILIDAD: LOS ARTÍCULOS 1830 A 1834, 1836 Y 1856 CC, O EL LLAMADO BENEFICIO DE ORDEN O EXCUSIÓN

1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA EXCUSIÓN DEL FIADOR: ¿CONSECUENCIA LÓGICA DE LA ACCESORIEDAD O DE LA SUBSIDIARIEDAD? PRIVILEGIO SINGULAR FUNDADO EN LA EQUIDAD, EN EL FAVOR FIDEIUSSORIS, E INAPLICABLE, POR SU EXCEPCIONALIDAD, A LA HIPOTECA

Aunque muy dispares son las explicaciones vertidas por la doctrina para justificar la excusión del fiador, las posiciones más comu-

del CC de Edersa, p. 140); y BELUCHE (pp. 3-5 y 14); así también PEÑA BERNALDO (p. 172, nota 68). También nosotros lo defendimos en nuestro *Derecho o carga real...*, pp. 325, 600 y 601, pero por razones diversas a las de estos autores todo el fundamento argumental en la desaparición de la hipoteca por «*caso fortuito*», donde podría encajar la actuación dañosa del tercero hipotecante, como así cree hoy también CARPI (cit.). En esta ocasión añadiremos otra razón, creemos, de mayor peso. Los que niegan la aplicación del 1129.3.º CC hacen una interpretación –excesivamente– literal de la norma, por su excepcionalidad –que desde luego la tiene– vs. artículo 1127 CC, que sólo habla de disminución de la garantía por actos propios del deudor, cuando él es el garante, mientras que el tercero hipotecante, aunque constituyente expreso de la garantía, no es deudor. Esto último –sabemos ya– es cierto, de ahí la sinrazón de los que abogan por la aplicación del artículo 1129.3.º y así también por la del artículo 1829 CC al hipotecante no deudor por ser «fiador real», añadiendo como argumentos a su favor la propia analogía que existe entre estas dos normas protectoras de la garantía crediticia y el deber *propter rem* de conservar el bien hipotecado que asume el hipotecante, sea o no el propio deudor, ex artículos 117 LH y 219.2.º RH, olvidando con ello que también el tercer poseedor asume tal deber, aunque sea por la inherencia real de la hipoteca, y que no necesariamente por ello le es aplicable sin más el artículo 1129.3.º CC si la disminución de la hipoteca viene de sus manos. Aunque para BELUCHE (cit.) por esa misma razón sí lo sea. Para su refutación, nos remitimos a las citadas pp. 599 ss. de nuestro *Derecho o carga real*, cit. En nuestra opinión, que en este punto secunda en parte a la de CHIRONI (cit.), la clave estriba en analizar no el núm. 3.º del 1129 CC, que contiene el presupuesto de hecho, sino su consecuencia, que establece dicha norma al principio: el vencimiento anticipado de la deuda (como también lo prevé, como posible efecto, el art. 219.2.º RH). A la inversa, del artículo 1829 CC hay que tomar como premisa la suya propia, al margen de su efecto, que –como dijimos– en su literalidad es inaplicable a la hipoteca, para la que sólo tendría sentido pedir otra hipoteca o una ampliación de la misma (cfr., artículos 1129.3.º y 219.2.º RH). Porque atendiendo al efecto del artículo 1129.3.º y al presupuesto del artículo 1829 CC la cuestión de fondo, para así afirmar o negar la aplicación de aquél al hipotecante no deudor, es que disminuida o desaparecida la garantía real prestada por un tercero venza la deuda. La cuestión, pues, reside en explicar por qué habría de salir perjudicado el deudor por un hecho ajeno. La respuesta es bien simple: sólo cuando de dicho hecho ajeno deba asumir cierta «responsabilidad» el deudor. Para saber cuándo ocurrirá tal cosa de nada sirve el artículo 1129 CC que en su redacción sólo parece referirse a las garantías prestadas por el propio deudor. Cabe acudir, más bien, al artículo 1829 CC, aunque de no existir tal norma habría que llegar a la misma conclusión, que no deriva sino de la simple lógica, contenida también en otros preceptos (vgr., artículos 498, 1550, 1564 CC); por que advertida, como quedó antes, la conexión que existe entre dicho artículo 1829 y el anterior, el 1828 CC, resulta lógico que aquél haga «responsable» al deudor de la insolvencia del fiador

nes se reconducen a dos: para una de tales posiciones doctrinales, la minoritaria, la excusión del fiador se fundamenta en la accesoriedad de la fianza¹⁷²; para otra, la mayoritaria, aquélla se fundamenta en la subsidiariedad de la fianza¹⁷³. *¿Quid iuris?*

Aunque, sobre todo hoy, pueda sorprender, si se atiende al origen de la excusión en Derecho Romano o, al menos, a la explicación que del mismo nos da la común doctrina romanista, aquellas dos posiciones doctrinales justificadoras de la excusión del fiador no son tan antagónicas como pudiera parecer¹⁷⁴; sólo difieren, con trascendencia innegable desde luego, en lo terminológico, siendo la

para cuando se trate de una fianza forzosa (legal o judicial) –hipótesis ésta, vimos, imposible en la hipoteca por deuda ajena–, o bien cuando se trate de una fianza comprometida voluntariamente por el deudor con el acreedor. Observado, pues, este último caso, ¿qué problema hay en entender lo mismo para el hipotecante no deudor que hipotecó por consentimiento y compromiso del deudor con el acreedor? Bien estará que el artículo 1129.3.º CC no tenga aplicación cuando el tercero hipotecante acordó la hipoteca con el acreedor ignorándolo el deudor o contra su voluntad; en tales casos, el acreedor sólo podrá ampararse en los artículos 117 LH y 219.2.º RH (con exclusión del vencimiento anticipado que esta última norma prevé). Pero si el deudor voluntariamente condicionó su crédito a la hipoteca ajena, conociéndola o consintióndola, ¿por qué no va a estimarse vencida la deuda si la hipoteca disminuye por acto propio del hipotecante o desaparece por caso fortuito? Así, creemos, ha de ser, aunque siendo conscientes, como dijimos, de que es harto discutida la aplicación directa y sin más del artículo 1129.3.º CC, tal vez convenga en la práctica asegurar su aplicación mediante pacto, en el que intervengan acreedor, deudor e hipotecante, como parece ser lo usual. Así lo advertimos, como pacto válido de eficacia real (oponible, pues, al tercer poseedor), en nuestra monografía sobre la *naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., p. 601. Y así lo exige, *a.e.*, el novedoso artículo 693 LEC, sobre vencimiento anticipado también en caso de impago parcial, que al condicionar tal posibilidad a su constancia registral, a su acuerdo entre acreedor e hipotecante (cfr., aps. 1.I y 2, ambos *in fine*), también resulta aplicable al caso de hipoteca por deuda ajena. Por supuesto, ya se trate de aplicar por derecho propio el artículo 1129.3.º CC o por su inclusión convencional, como impone el artículo 1129.3.º CC *in fine*, siempre habrá de quedar la posibilidad de otorgar otra garantía o la de ampliar la hipoteca antes de que el acreedor pueda dar por vencido el crédito; y en el caso del artículo 693 LEC, por imperativo de su ap. 3, siempre queda la posibilidad de paralizar la ejecución hipotecaria iniciada mediante el pago, hecho por el deudor o por el propio hipotecante en su interés, de lo parcialmente debido.

¹⁷² Así, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, pp. 551 y 555), aunque, como veremos, en esta sede adopta muchas otras posibles explicaciones; DELVINCOURT, DURANTON y ZACHARIE, todos ellos según cita de LAURENT (T. 28, p. 212), sin que él, veremos, adopte esta justificación de la excusión; los MAZEAUD (I, pp. 15, 17, 27, y II, p. 155), aunque ignoramos si es debido a la traducción.

¹⁷³ Entre muchos otros, en Alemania, HEDEMANN (III, p. 473); en Francia, AUBRY y RAU (T. 6, p. 217); COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475); JOSSE RAND (pp. 417 y 418); SIMLER y DELEBECQUE (p. 134); en Bélgica, DE PAGE (T. 6, pp. 798 ss.); en Italia, DEIANA, G. (*Beneficio di escussione ed obbligazione fideiussoria*, en RDCiv, 1940, pp. 213-231); DE RUGGIERO (II-1.º, p. 509); MESSINEO (p. 136); RAVAZZONI (NssDI, pp. 284 ss.); y en su monografía, pp. 181 ss.), aunque parte de la solidaridad *ex* artículo 1944 CC italiano-1942. Y, en España, ESCRICHE (p. 366); GARCÍA GOYENA (IV, pp. 141 y 149); BURON (p. 951); FALCON (p. 366); DEL VISO, S. (*Lecciones elementales de Derecho Civil*, Valencia, 1885, pp. 484 y 485); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 373 y 374); PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (pp. 805, 806 y 826), citando la STS de 25 de febrero de 1960; Q.M.S. (p. 573); CASTAN (p. 784); PUIG PEÑA (p. 576); DE ROVIRA (p. 694); DÍEZ-PICAZO (p. 435); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 68 y 69). Y así también nuestra jurisprudencia, que puede verse citada en GUILARTE ZAPATERO (pp. 15-17 y 75).

¹⁷⁴ No en vano, no son pocos los que apoyan la excusión del fiador simultáneamente en la accesoriedad y en la subsidiariedad (así, DE ASSO y DE MANUEL, pp. 231 y 232); en parte MANRESA (XII, pp. 169 ss.); también en parte, FALCÓN (cit., que en muchas ocasiones

de accesoriedad expresión, en este punto relativo a la excusión, más antigua y latamente empleada, y la de subsidiariedad, más «moderna» y estricta¹⁷⁵: En la época arcaica del Derecho Romano, e incluso durante gran parte de su época clásica, el «garante personal» de aquel entonces (en sus dos modalidades: el *sponsor* y el *fidepromissor*), que aún no era lo que hoy es tal fiador, era un deudor más, en pie de igualdad con el deudor cuya deuda aquél aseguraba. Los romanistas nos dicen que tal sujeto era un codeudor solidario y principal; solidaridad, o correalidad dicen algunos¹⁷⁶, y principalidad en el sentido de que aquel sujeto garante debía y respondía a la par, en pie de igualdad, o conjuntamente con el deudor garantizado, pudiendo por tanto el acreedor, una vez vencido el crédito, dirigirse simultáneamente contra ambos o separadamente contra uno u otro según su libre decisión¹⁷⁷; era incluso muy habitual en la práctica de la época clásica que el acreedor renunciase a esa libertad suya ante el deudor garantido, comprometiéndose a exigir el pago en primer lugar al garante¹⁷⁸. Se pactaba, pues, una especie de orden *pro debitore*. Evidentemente, esta situación no fomentaba la garantía de amigo. Por eso, en la propia época clásica del Derecho romano (s. I a.C.), empezó a surgir en la práctica una nueva figura de «garante personal» (el *fideiussor*), más cercana por ser su precedente al actual fiador, al que se concedía, mediante pacto, la ventaja de poder ser perseguido por el acreedor en segundo lugar, tras ser perseguido el deudor garantizado una vez vencida la deuda. Es entonces cuando ese garante empieza a ser un deudor accesorio y subsi-

habla de accesoriedad y de subsidiariedad indistintamente); claramente, VALVERDE (p. 617); SANCHEZ ROMÁN (IV, p. 917); y en la voz *Beneficio de orden o excusión* (probablemente de ROVIRA), en EJE, pp. 310 y 311, y en NEJ, pp. 329 y 330. Y así también, en cierto modo, la STS de 30 de enero de 1990, que puede verse en GUILARTE ZAPATERO (p. 75).

¹⁷⁵ Decimos tal cosa sin ignorar que, como luego advertiremos, comúnmente suele, con razón, distinguirse netamente la accesoriedad de la subsidiariedad: porque mientras que la accesoriedad es rasgo esencial y estructural de la fianza que, entre otras cosas, atiende a la extensión del pago de la deuda que asume el fiador (cfr., vgr., los artículos 1826 y 1827 CC); la subsidiariedad, en cambio, es elemento natural y no estructural de la fianza, que puede faltar (cfr., artículos 1831 y 1856 CC), referido al orden, o al rango si se quiere, en el pago, o mejor dicho, en la ejecución patrimonial para el caso de impago.

¹⁷⁶ Como DE PAGE (T. 6, p. 798 ss.), o DE MARTINO [voz: *Fideiussione (Diritto Romano)*, en NssDI, VII, pp. 272-274].

¹⁷⁷ En la *sponsio*, a la pregunta «*Spondere?*», el deudor respondía: «*Spondeo*»; y a la pregunta «*Spondesse idem dare?*», el sponsor respondía: «*Spondeo*»; o sea, con igual fórmula y por la *eadem res*. De ahí la correalidad, la solidaridad. Otro tanto de lo mismo sucedía con la *fidepromissio*. Y los numerosos textos clásicos romanos (leyes de Caracalla, Diocleciano y de Máximo, sobre todo) que proclamaban la libertad del acreedor para reclamar el pago al deudor o al garante una vez vencida la deuda, pueden verse citados y reproducidos en POTHIER (pp. 219 y 220); ORTOLAN, J. (*Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Generalización del Derecho Romano*, trad., Madrid, 1884, p. 264); y en GUTIÉRREZ (pp. 57 y 58).

¹⁷⁸ Para una más detallada explicación de dicho pacto, con cita de textos (de Ulpiano y de Juliano), POTHIER (II, pp. 203 y 204); y TROPLONG (T. 17, pp. 461 ss.).

diario; accesoria y subsidiaria, por contraposición a las anteriores principalidad y solidaridad, en el sentido de que el fiador ya no debe y responde a la par o conjuntamente con el deudor afianzado, sino en segundo lugar, en defecto o en vez del deudor, de forma supletoria¹⁷⁹. Y tal nueva figura de garantía con aquella ventaja se consolidará con el tiempo, absorbiendo a las dos garantías personales anteriores, para consagrarse definitivamente en el Derecho Romano justiniano. Será, en concreto, la Novela 4, capítulo 1, del Emperador Justiniano (del año 535 d.C.), la que consagrará con alcance general para todo fiador, para todo garante personal, y de modo imperativo para el acreedor, que habrá de observarla *motu proprio*¹⁸⁰, aquella ventaja con aquellos rasgos; será lo que a partir de entonces se conocerá como el beneficio de orden y excusión del fiador (el *beneficium excussionis sive ordinis*)¹⁸¹. Con altibajos, a lo

¹⁷⁹ A la pregunta que se le hacía al fiador («*Id fide tua esse jubes?*»), éste respondía: «*Jubeo*».

¹⁸⁰ Sin embargo, en una posición aislada, RIZZI, M. A. (*Tratado de Derecho Privado Romano*, trad., Buenos Aires, 1936, p. 520), cree que la excusión debía ser solicitada por el interesado ante el pretor.

¹⁸¹ Decía dicha Novela 4, en su Prefacio: «*Legem antiquam psitam quidem olim, usu vero, nescimus quemadmodum, non approbatam, per causas autem semper exquisitas atque necessarias apparentem, rursus revocare et ad rempublicam reducere bene se habere putavimus, non simpliciter eam, sicut iacebat, ponentes (erat enim quaedam eius pars omnino non discreta), sed cum competentii et deo placito distribuenets augmento*». La Novela alude a una ley más antigua que ya concedía tal beneficio, pero que no fue seguida en la práctica. Se ignora por qué no se aplicó. Es más, la propia ley es todavía hoy desconocida, existiendo al respecto desde hace tiempo un importante debate en la doctrina romanista (en esencia, para unos se encuentra aquella ley en las XII Tablas, y para otros en las Epístolas de Cicerón con Aticus; otra es la reciente posición de CHURRUCA, J. (DE): *Pignus*, en *Derecho Romano de obligaciones*, en Homenaje a J.L. Murga Gener, Madrid, 1994, p. 367, que alude a un texto, probablemente retocado, de Cervidio Scaevola, y a un rescripto de Diocleciano y Maximiniano del año 290). Y en su Capítulo I decía: «*Si quis igitur crediderit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fideiussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, se veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitemque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis absteat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est sumat. Et si quidem praesentes ei consistant ambo, et principalis, et intercessor, et aut mandator, et sponsor, hoc omni servetur modo; si vero intercessor, aut mandator, aut qui sponsioni se subiecerit adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorrem mittere alicubi, quum possit mox intercessorem aut mandatorem aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum est a nobilis possibili modo; non enim erat quoddam hic antiquae legi datum pro sanatione remedium, cum utique Papinianus maximus fuerit, qui haec primitus introduxit. Probet igitur intercessorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae praesidens iudex det tempus intercessori (idem est dicere sponsori et mandatori) volenti principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem, et sic ipse in ultimum subsidium reservetur, sitque solatio intercessori et sponsori et mandatori in hoc quoque iudex; fideiussoribus enim et tabulis prodesse sancitum est, ut illo deducto interim conventionem liberentur, qui pro eo in molestia fuerunt. Si vero tempus in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definire iudicantem), tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exsequatur litem, et debitum exigatur contra eum, pro quo fideiussit, aut pro quo mandator scripsit, aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus*».

largo de la historia dicho beneficio será unas veces, las menos, derogado (como sucedió en nuestro Fuero Real)¹⁸², retornándose a la solidaridad y principalidad del Derecho romano arcaico y clásico, y otras veces, las más, mantenido, como sucede en nuestras Partidas (Ley 9, tít. 12, P. 5.^a)¹⁸³ y en parte del Derecho foral¹⁸⁴, para arribar a la época de la codificación, en la que, no obstante ser mantenida, la excusión es atemperada *pro creditore* para convertirla en elemento más natural aún, como lo demuestran los más numerosos casos en que aquélla no procede (cfr., arts. 1831 y 1856 CC), y más limitada o condicionada en su ejercicio, entre otras razones porque ya no vendrá impuesta por la ley al acreedor, siendo el fiador quien deba de hacerla valer en el momento oportuno *ope exceptionis* (cfr., arts. 1830 y 1832 CC)¹⁸⁵.

A la vista de todo lo dicho, no puede, pues, sorprender que de accesoriadad o de subsidiariedad se hable tras la codificación para justificar aquel beneficio propio del fiador. Basta cotejar separadamente los dos párrafos del artículo 1822 CC con los artículos 1830 y 1831.2.º CC, respectivamente, para darse cuenta de que aquellos viejos paralelismos (entre principalidad y solidaridad, por un lado, y entre accesoriadad y subsidiariedad, por otro), estaban en la mente de nuestro codificador¹⁸⁶, fuese o no del todo acertado que

¹⁸² Es la Ley 3.^a, Tít. 18, Lib. 3, del Fuero Real (que luego recogerá el Tít. 11, Lib. 10 de la Nov. Recopilación), que, como explican GUTIÉRREZ FERNANDEZ (p. 57); y PÉREZ ÁLVAREZ (p. 23), no admitía beneficio de excusión salvo que así se acordara.

¹⁸³ Que, bajo la expresiva rúbrica «*Como la debda deue ser demandada primeramente al principal debdor, que al que fio*», decía: «*En el lugar seyendo aquel que fuesse principal debdor, primeramente a el deuen demandar que pague lo que deue, e non a los que entraron fiadores por el; e si por auentura non ouiesse el de que lo pagar, deuen demandar a los fiadores. E si caesciere, que los fiadores fueren en el lugar, e aquel por que fiaron, non; e començandoles a demandar el debdo, pidiesen plazo a que aduxiessen a aquel a quien fiaron, deungelo dar. E si al plazo no lo aduxiessen, entonce deuen responder a la demanda, e pagar cada vno dellos su parte, o los ricos por los pobres, o el vno por todos, en la manera que dize en la ley ante desta. E este plazo les deue otorgar el judgador, ante quien demandaren el debdo, según su aluedrio; asmando toda via, fasta quanto tiempo lo puedan aduzir*». Dirán GUTIÉRREZ FERNANDEZ (p. 58); y GARCÍA GOYENA (p. 149), que tal ley de las Partidas se inspira claramente en la Novela 4 justiniana.

¹⁸⁴ Al respecto, nos remitimos a DE ROVIRA (en EJE, pp. 311 y 312; y en NEJ, pp. 330, 713 y 714). En síntesis, se admitía el beneficio de excusión para el fiador en Cataluña (salvo en Barcelona y en Lérida), en Navarra (así hoy en la Ley 525.II del Fuero Nuevo), y en Baleares. Y no se admitía en Barcelona (según el Cap. VII del *Recognoverunt* Próceres de 1284, aunque sí después según Orden de Alfonso IV de 1432), y así luego según la Compilación catalana (salvo en la fianza prestada por mujer); tampoco en Aragón (según sus Observancias 1.^a y 3.^a, Lib. IV), salvo que hubiese bien especialmente hipotecado en poder del deudor.

¹⁸⁵ Así ya lo advirtió el Tribuno TREILHARD en su Presentación del *Code* hecha ante los cuerpos legislativos el 14 de febrero de 1804 (en FENET, pp. 40 y 41).

¹⁸⁶ Así también, incluso con mayor claridad, se veía en el Proyecto CC-1836, cuando en su artículo 1813 decía: «*El fiador puede obligarse, o sólo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor; o mancomunadamente —entiéndase, solidariamente— con éste como pagador principal*»; añadiendo, en consecuencia, su artículo 1814, lo siguiente: «*En el primero de los dos casos expresados en el artículo an-*

así pensara aún. Porque, ciertamente, la expresión de accesoriedad, tal como hoy la conocemos, ya no puede emplearse con total propiedad para explicar tal beneficio; de lo contrario, habría que entender la excusión como esencial consecuencia de aquélla y también como esencial rasgo de toda fianza, cuando no lo es hoy (cfr., arts. 1831 y 1856), ni lo fue en el pasado jurídico (cuando, *a.e.*, en la Novela citada, y luego en las Partidas y en muchas normas forales, se excluía la excusión si el deudor estaba ausente y en paradero desconocido; o la no excusión, genuinamente romana, si el acreedor era banquero –*argentarius*–, según Novela 136). Y ello es así, porque, además, mientras que la accesoriedad es rasgo estructural o consustancial a la deuda fideiusoria misma, la excusión no lo es por cuanto simplemente se refiere al orden de ejecución de los patrimonios responsables. No cabe, pues, ya hoy conectar con propiedad accesoriedad y excusión. En cambio, más correcto es seguir conectando subsidiariedad y excusión¹⁸⁷.

Hay, sin embargo, hoy una importante corriente doctrinal, auspiciada como pionero patrio por Guilarte Zapatero (pp. 17-21)¹⁸⁸, que pretende desligar la subsidiariedad del beneficio de excusión, creyendo que la subsidiariedad es esencial en toda fianza, simple o solidaria, por ser independiente de que el fiador tenga o no beneficio de excusión. Y así se cree por entender que la subsidiariedad de la fianza significa que ésta, en su efectividad ejecutiva, depende de que la deuda principal venza y no sea pagada por el deudor principal. Entendida así la subsidiariedad, se dirá entonces, irremediablemente, que tal rasgo es predicable de toda fianza, y de toda garantía en general.

terior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha excusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo –sí-puede...». Y así lo hizo GARCÍA GOYENA (IV, pp. 141 y 149), conectando los artículos 1733 y 1743 Proyecto CC-1851 (semejantes a los actuales artículos 1822 y 1830 CC, respectivamente), al decir de la última norma: «Esta disposición es muy conforme á la naturaleza *subsidiaria* de la fianza, según el artículo 1733 y al espíritu de beneficencia que por lo comun preside en ella».

¹⁸⁷ Igualmente, somos conscientes de que hoy la fianza solidaria intenta ser delimitada frente a la deuda solidaria, para no confundirse con ella; al respecto, entre los nuestros, véase RUBIO GARRIDO, T. (*Fianza solidaria, solidaridad de deudas y cofianza*, Granada, 2002). Entre los italianos, tal vez sea muy destacable la obra de RAVAZZONI (*La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, pp. 2-84), también aquí ya mencionada anteriormente. Sin embargo, no es ésta la opinión común, sobre todo, dentro de nuestra jurisprudencia, que se sigue manteniendo en un excesivo paralelismo entre fianza y deuda solidarias, entre las normas de la fianza solidaria y las de las deudas solidarias (arts. 1140 ss. CC).

¹⁸⁸ Lo dice apoyándose, sobre todo, en FRAGALI y en CAMPOGRANDE, V, en la voz: *Fideiussione*, en DI, XI, pp. 159 ss. Le siguen en nuestra doctrina, entre otros muchos, ALVENTOSA DEL RIO (pp. 88 y 146); CARRASCO PERERA (p. 129); INFANTE (pp. 182-186). Así también BELUCHE (pp. 9, 10, 14 ss.), aplicando idénticas ideas para el hipotecante no deudor, lo cual, como veremos, se explica por entender de aquella forma tan genérica la subsidiariedad.

No nos parece, sin embargo, que sea aceptable esta explicación:

Por un lado, dicha doctrina confunde, sin más, la subsidiariedad con el rasgo condicional, en cuanto dependiente de un hecho eventual o futuro, que, como consecuencia de su accesoriedad, presenta toda garantía, personal o real, incluida la garantía genérica del 1911 CC, en su fase ejecutiva patrimonial: el vencimiento e incumplimiento de la deuda¹⁸⁹. Pero la subsidiariedad no es eso, ni lo ha sido nunca. En general, según la RAE, lo subsidiario es algo «*que se da o se manda en socorro o subsidio de uno*» («*in ultimum subsidium*», decía la Novela de Justiniano), y cuando, en concreto, la voz «subsidiario» viene referida al mundo del Derecho, se dice: «*Aplícase a la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal*». ¿No está ahí la vieja idea de accesoriedad entendida como algo supletorio? Es muy común en el mundo jurídico, más allá de la fianza, que la subsidiariedad se identifique con lo accesorio en el sentido de supletorio, y que, al contrario, la solidaridad, lata o impropriamente empleada, se identifique con algo que es principal en el sentido de simultáneo o conjunto (vgr., los arts. 1302, 1319.II, 1365, 1369 CC,...). Por eso, el fiador con excusión es, en cuanto a su posible ejecución patrimonial, un deudor subsidiario, aunque sin ser por ello un expromisor, pues su deuda es accesoría¹⁹⁰.

Por otra parte, aquella doctrina funda la subsidiariedad de toda fianza en que el deudor principal haya incumplido su deuda. Tampoco esto es así, al menos hoy. Dado que la fianza no sólo es responsabilidad, sino también, y previamente, deuda, la *conditio juris* para su posible puesta en marcha no es el vencimiento e impago de la deuda por el deudor principal, sino sólo el vencimiento, la exigibilidad de la deuda, pudiendo entonces el acreedor reclamar su pago voluntario indistinta o incluso conjuntamente tanto al deudor como al fiador, sea éste o no solidario, tenga o no beneficio de

¹⁸⁹ Ya antes que Guilarte y sus actuales seguidores, aun sin llegar a lo que éstos defienden, autores como ESCRICHE (p. 366); MANRESA (XII, pp. 151, 152, 169 ss.); VALVERDE (p. 109); o DE ROVIRA (EJE, pp. 235 y 238), explicaban la subsidiariedad de la fianza como condicionalidad a un hecho futuro e incierto: el vencimiento e incumplimiento del crédito principal, como así lo demuestran, vgr., los artículos 1825 y 1841 CC. Y, como dicen BO (pp. 62 ss.); DEIANA (pp. 213 ss.); y FRAGALI (p. 363), subsidiariedad y condicionalidad son cosas diversas, porque el fiador no se obliga si el deudor no paga, sino que se obliga en lugar *–invece–* del deudor. Para mayor detalle al respecto, puede verse, entre otras obras, nuestra monografía *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, cit., pp. 567 ss., con autores y razones allí citados, en aquella ocasión con nuestro propósito de negar la naturaleza de derecho real de la hipoteca por el *jus distrahendi*.

¹⁹⁰ Así lo advertía hace tiempo POTHIER (II, pp. 193 y 194).

excusión. Lo prueba claramente el artículo 1834 CC¹⁹¹, por sí sólo y en su confrontación con otros preceptos (arts. 1843.1.º y 4.º CC, 1435 LEC-1881, u hoy los artículos 538.2.2.º y 573.1.3.º LEC). Sirva esto para, a modo de *excursus*, deslindar lo que confunden muchos, sobre todo hoy (como le sucede a tal corriente doctrinal que objetamos): el orden y la excusión. Lo del «orden» hace referencia a la reclamación de la deuda ya vencida, para su pago voluntario o para el coactivo natural, mientras que lo de la «excusión» (de «excusar» y «escutir»)¹⁹² hace ya referencia, una vez impagada la deuda, al pago coactivo o forzoso en dinero, a la ejecución patrimonial de los responsables, deudor y fiador¹⁹³. Necesaria es tal aclaración, porque si bien antaño el fiador pudo gozar de ambos beneficios (según Novela justiniana, las Partidas,...), hoy sólo tiene, en su caso, el de excusión (cfr., de nuevo, las normas citadas arriba en este mismo párrafo, y añádase el art. 1830 CC, la primera norma sobre excusión, que claramente habla de la «*excusión de todos los bienes del deudor*»¹⁹⁴, y que da pleno sentido a los casos de exclusión del art. 1831.3.º y 4.º CC)¹⁹⁵. Y, no por casualidad, a la inversa sucede hoy con la hipoteca, cuando interviene el hipotecante no deudor o un tercer poseedor, precisamente porque tales sujetos, a diferencia del deudor y del fiador, no asumen obligación, ni responsabilidad ninguna. Dejando para luego el de excusión,

¹⁹¹ Justificándolo (su correlativo artículo 1747 Proyecto CC-1851), decía GARCÍA GOYENA (IV, p. 153), que «haya para los dos –deudor y fiador–, y para el acreedor, economía de tiempo y de dinero en favorecer por un solo juicio lo que de otro modo exigiría dos».

¹⁹² También en Italia se habla de la «*escussione*»; en Francia se emplea la expresión «*discussion*», y el traductor de la obra de los hermanos MAZEAUD explica, en nota (p. 53), que dicha palabra viene de *discutere* (sacudir) –o sea, del latín *excutio*, añadimos nosotros–, en tanto que la palabra «excusión» viene de *excussio* (excusarse, dice, de pagar primero). Para CABRILLAC y MOULY (pp. 162 y 171), *discuter* viene de *saisir* (coger,...) los bienes del deudor.

¹⁹³ Hace tiempo así lo explicaban SALA, J. (*Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, 1820, p. 368); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 373 y 374); GARCÍA GOYENA (sólo, en sus *Concordancias*, p. 149; y acompañado de AGUIRRE, en *Febrero*, IV, p. 74); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (p. 57); o FALCÓN (p. 366). Son también muchos en la doctrina hoy los que aclaran que la excusión supone subsidiariedad del fiador, no en el orden o rango de pago, sino en el de la ejecución patrimonial, en el poder de agresión patrimonial del acreedor impagado. Así, FRAGALI (p. 367); PUIG PEÑA (p. 576), que habla de «grado de responsabilidad»; siguiéndole DE ROVIRA (NEJ, 701); CASTÁN (pp. 783 y 784); y, más recientemente, PÉREZ ÁLVAREZ (p. 83 ss.); REYES LÓPEZ (*Fianza y nuevas modalidades de garantía*, Valencia, 1996, pp. 147 y 148).

¹⁹⁴ Y así antes ya, el artículo 1814 Proyecto CC-1836, el artículo 1743 Proyecto CC-1851 (conforme, entre otros, al artículo 2021 CC francés) y el artículo 10 Anteproyecto CC-1888 (conforme al artículo 1743 del Proyecto de CC belga de Laurent).

¹⁹⁵ Este es el sentido en que ESCRICHE (pp. 693 y 694) conectaba la subsidiariedad y la condicionalidad en la fianza. Prácticamente reproduciéndole, la STS de 20 de abril de 1886 consideraba que «*siendo la fianza un contrato subsidiario y condicional, puesto que el fiador no se obliga sino en defecto del deudor, á quien sirve de garantía el derecho del acreedor para demandar en juicio al primero, no nace ni puede realizarse legalmente hasta después de procederse á la ejecución formal de los bienes del principal obligado y de ser declarado total ó parcialmente de su insolvencia*».

tales sujetos sí gozan del beneficio de orden, desde la LH-1861 (véase el siguiente epígrafe VI.2) y, sobre todo, desde la LH-1909 en que se instauraron para toda España el procedimiento judicial sumario y el notarial, siendo lógico que en los demás procedimientos ejecutivos no se hiciera mención de tal beneficio por cuanto que esos otros procedimientos o bien se originaban por acción personal (contra el deudor)¹⁹⁶ o bien por acción real cuando el deudor fuese a la vez hipotecante y poseedor del bien hipotecado en el momento ejecutivo. Si bien hoy tal orden no se deduce claramente de los recientes artículos 683.1, 685.1, 686 LEC, sí se sigue observando en los arts. 126.I *in fine* LH y 236.c).1 y d).1 RH (no reformados en este punto por la nueva LEC), preceptos éstos que, aunque literalmente referidos al tercer poseedor, por su propia lógica, la de atender a la diversa personalidad del deudor y del titular del bien hipotecado, son igualmente aplicables al tercero hipotecante. Más aún, frente a lo que en su día pudo suponer el orden para el fiador, en el caso del tercer poseedor y en el del hipotecante no deudor tal orden no es beneficio, ni favor ninguno; es lógicamente ineludible, no porque la hipoteca sea también accesorio o subsidiario, sino por su propia *natura iuris* y condicionalidad. Lo decíamos para negar la tesis obligacionista de la hipoteca (en *Derecho o carga real, cit.*, pp. 385-388):

Si bien el acreedor hipotecario, al interponer la acción hipotecaria, ha de requerir de pago primero al deudor y después al titular del bien hipotecado, esto no significa que este último sujeto esté obligado al pago; el hecho de que la acción, que no la pretensión de pago, se dirija contra él responde a razones de legitimación procesal, porque siendo el elemento objetivo del acreedor la ejecución dineraria del inmueble hipotecado, y no pudiendo dirigirse directamente, desde una perspectiva adjetiva, contra la cosa hipotecada, es necesario que notifique a su dueño tal intención para su conocimiento y por si desea intervenir y pagar a fin de evitar la ejecución de su bien que se ha puesto en marcha. Si primero ha de requerirse al deudor y luego, en su caso, al propietario es para dar constancia de que la deuda ha vencido y no ha sido pagada por su deudor, siendo posible entonces la ejecución del bien hipotecado. El titular del bien hipotecado es un tercero respecto a la obligación, es una persona ajena y extraña a la deuda garantida, aunque por ser sujeto pasivo de la relación jurídico-real hipotecaria (la que origina de suyo la carga real hipotecaria), debe ser igualmente parte pasiva en el procedimiento ejecutivo hipotecario.

¹⁹⁶ Cfr., al respecto, el artículo 573.1.3.º LEC, que, como hacía antes el artículo 1435 LEC-1881, sólo menciona al deudor y al fiador, por tratarse del juicio ejecutivo ordinario.

Al margen ya de este *excursus* y con todo lo dicho, aclarada, creemos, queda, al menos en lo terminológico, la idea de subsidiariedad y su conexión con la excusión. Pero no todo queda aún resuelto. Si la excusión se fundamenta en la subsidiariedad, o mejor dicho, si la excusión explica que la fianza en general, salvo en los casos del artículo 1831 CC, sea una garantía subsidiaria, supletoria o secundaria en el orden de ejecución patrimonial, ¿cuál es la razón de tal subsidiariedad? Por supuesto, no es cuestión de responder diciendo que la fianza es subsidiaria por la excusión, o que la excusión existe por la subsidiariedad. Tal círculo vicioso no conduce a nada. La cuestión es justificar ambas cosas: ¿por qué se concede al fiador la excusión haciendo que la fianza sea subsidiaria? Aunque de ello no haya dado fundada razón la romanística acerca de la Novela de Justiniano, sí la dan los padres de los Códigos extranjeros que en esta sede inspiraron al nuestro (en sus arts. 1830 ss CC)¹⁹⁷; lo dejaron rectamente claro Pothier (II, pp. 224 y 225) –siguiéndole, el Tribuno Chabot (en Fenet, pp. 69 y 70), en el debate parlamentario del *Code*– y Laurent (T. 28, p. 214), entre otros¹⁹⁸, y lo dice claramente hoy la ley (cfr., nuestro art. 1834): la excusión es un beneficio, un favor, un privilegio, que aun estando dispuesto –que no impuesto– por la ley y siendo ejercitable a instancia del fiador (no *ope legis*, ni *ex officio judicis*), es manifestación del más general *favor fideiussoris*, fundado, pues, en razones de equidad, por cuanto que el fiador debe y responde ilimi-

¹⁹⁷ Nos referimos al *Code*, tan influyente también en esta sede en nuestro Proyecto CC-1851, y al Proyecto de CC belga de Laurent (en sus artículos 1743 a 1747), que en esta materia tanto inspiró a nuestro Anteproyecto CC-1888 (en sus artículos 10 a 14).

¹⁹⁸ También, con más o menos matices y detalles, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 544), quien fundamenta la excusión en razones de equidad (así también BORSARI, pp. 322 y 323; y, en parte, GUILARTE ZAPATERO, pp. 127 ss.), lo cual es criticado por DISTASO, N. (*Beneficio di escussione*, en ED, V, p. 107), porque también la posible exclusión de la excusión se funda en la equidad, ahora *pro creditore*; CABRILLAC y MOULY (pp. 162 y 171); así también ya antes TROPLONG (T. 17, pp. 208, 215-217, y 234); y DE PAGE (T. 6, p. 798), aunque éste con un tono muy crítico, pues ya no ve justificación para tal privilegio a favor del fiador, de garante ha sido convertido en un asegurador de la solvencia del deudor; de deudor subsidiario en deudor condicional (por el impago y la insolvencia del deudor). Entre nosotros, el único que acoge, con toda razón, aquella explicación es RUBIO GARRIDO (p. 141, nota 333, y pp. 190 ss.), para quien el beneficio de excusión se funda en el tradicional *favor fideiussoris* justiniano-medieval, aunque ahora el beneficio sea elemento natural. Y GUILARTE (cit.), añade a la razón de equidad, y a la de subsidiariedad, la naturaleza personal de la fianza. Además, hay quienes, amén de todas estas razones que acogemos, añaden como fundamento de la excusión del fiador el hecho de que la fianza sea puro acto generoso y de beneficencia (así, el Tribuno CHABOT, en Fenet, pp. 52 y 53; y, siguiéndole, GARCÍA GOYENA, IV, p. 149, y LAURENT, T., 28, pp. 214 y 215, añadiendo éste que la fianza es un acto gratuito). No parece aceptable esta última justificación, pues, como advierte CARPI (p. 161), ¿acaso el fiador a título oneroso carece de excusión? Tal vez fuera lo justo, como así lo cree Laurent (p. 215), pero tal caso no está comprendido en el artículo 1831 CC, ni en el correlativo de ningún otro CC extranjero (ni siquiera en el artículo 1744 del Proyecto CC belga hecho por el propio Laurent).

tadamente por una deuda propia en garantía de otra ajena¹⁹⁹. Y es tal beneficio o excepción, siguen diciendo Pothier y Laurent, porque por Derecho estricto el acreedor debería tener total libertad para, una vez vencida e impagada la deuda, dirigirse ejecutivamente contra el patrimonio del deudor o contra el del fiador. Mas, consabido el «*fía y pagarás*», la excusión es pura gracia, una merced graciosamente concedida al fiador por la ley que viene en su socorro por ser dicho sujeto garante personal de una deuda ajena. Remota y latamente, pues, se podrá decir que la excusión se funda en la accesoriedad de la fianza, pero inmediata y estrictamente se explica porque lo accesorio es una deuda, una garantía personal. De ahí, como se dijo antes, que el fiador hoy no goce del beneficio de orden, sólo del de excusión, y que lo contrario, por no ser deudores, ni responsables, acontezca con el hipotecante no deudor (y con el tercer poseedor de bien hipotecado), explicando todo ello que la excusión no sea rasgo esencial ni connatural a la fianza, como lo demuestra, no ya sólo que haya sido aceptada o negada a lo largo de la historia del Derecho, sino que aún admitida hoy, sea, no obstante, excluible (arts. 1831 y 1856 CC).

A la vista del fundamento de la excusión del fiador, parece, pues, irrefutable que las normas que la regulan, excepcionales y fundadas en la equidad del *favor fideiussoris*, resulten inaplicables por analogía al hipotecante no deudor (cfr., los arts. 3.2 *in fine* y 4.2 CC)²⁰⁰. Súmese a ello un dato económico, que como se ha visto en otros lugares *supra* (vgr., epígrafe III.1), tiene vital importancia en esta materia. Porque curioso, cuando menos, por no decir antieconómico, resultaría aplicar la excusión al hipotecante no deudor, cuando al contrario es práctica muy habitual, ya desde mucho antes de la codificación²⁰¹, la de que en el mismo

¹⁹⁹ No obstante, CASTÁN (pp. 783 y 784); y PÉREZ ÁLVAREZ (pp. 83 ss.), a pesar de que la propia ley hable de beneficio, niegan que la excusión sea un privilegio, pues, por un lado, el acreedor puede dirigirse desde un principio o sólo contra el fiador o conjuntamente contra él y el deudor (art. 1834 CC), y, por otro, porque el fiador debe hacer valer la excusión («*debe oponerlo*», dice el art. 1832 CC). Lo primero que dicen sólo demuestra lo ya advertido arriba, que la excusión, a diferencia del orden, no se refiere a la reclamación del pago, sino a la ejecución patrimonial una vez incumplida la deuda (como así incluso estos mismos autores advierten). Y en cuanto a lo segundo, sólo demuestra que el beneficio de excusión es un privilegio dispositivo (cfr., 1831.1.º CC).

²⁰⁰ Así, claramente lo razonan en Alemania ENNECERUS (II, p. 831, nota 10); y, en Italia, MOSCHELLA (pp. 199 y 200). Erróneamente, nos parece, para CARPI (p. 161), si la excusión obedece a razones de equidad, entonces habría también de aplicarse al hipotecante no deudor.

²⁰¹ Así lo advierten, en España, SALA (p. 369); y GARCÍA GOYENA (pp. 150 y 151), quien tras comentar los casos de no excusión del artículo 1744 Proyecto CC-1851 (nuestro art. 1831 CC), termina diciendo: «pero todas las excepciones de este artículo vienen á ser inútiles, porque en toda escritura de fianza se renuncia al beneficio de excusión, así como al de division»; y, en Francia, TROPLONG (T. 17, pp. 213, 220 y 221), apoyándose en documentos de DOUMOLIN.

contrato de fianza, como cláusula de estilo, el fiador renuncie, hoy *ex* artículo 1831.1.º CC, a tal beneficio (y al de división *ex* art. 1837.II CC), presumiéndose incluso tácitamente tal exclusión en las fianzas mercantiles (al modo de la Novela 136, sobre los banqueros), al ser estimadas como solidarias, según la común opinión de nuestra doctrina y jurisprudencia²⁰².

2. EL INTENTO DE CONCEDER, POR ANALOGÍA O POR ACUERDO, LA EXCUSIÓN AL HIPOTECANTE NO DEUDOR CON FUNDAMENTO EN UNA ANACRÓNICA RESURRECCIÓN DE LA HISTÓRICA EXCUSIÓN DEL TERCER POSEEDOR Y EN UNA ERRÓNEA ALABANZA DEL *CODE* Y DEL PROYECTO CC-1851: SU INCOMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD DE TODA HIPOTECA

La actual inaplicación analógica de la excusión en sede hipotecaria —concluida en el epígrafe anterior— no niega que en el pasado, e incluso hoy en algunos Códigos, tal beneficio haya sido concedido. Así sucedió en el propio Derecho Romano, en la ya mencionada Novela 4 de Justiniano: tras conceder antes en el cap. 1 la excusión al fiador, en su cap. 2 la concede también, y con prioridad frente a la del fiador, en favor del hoy llamado tercer poseedor (el llamado *beneficium excussionis personalis*)²⁰³. Así lo harían luego,

²⁰² *Vid.*, por todos, GUILARTE ZAPATERO (pp. 12 ss.), con cita de doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia que (a salvo las contrarias SSTs de 10 de noviembre de 1972 y 7 de abril de 1975), presumen dicha solidaridad en toda fianza mercantil por interpretación sociológica para así hacer más fuerte y firme dicha fianza. Tal es la práctica, patria y extranjera, que hoy el artículo 1944 CC italiano-1942 parte, como regla, de la solidaridad del fiador y, por tanto, de su carencia de excusión (y de división).

²⁰³ Decía la Novela 4, ahora en su Cap. 2: «*Sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum, et mandatorum, et sponsorum; idem est dicere, vel si quosdam habuerint homines ipsi sibimet obligatos, et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen et existentes apud eos res (sive personalibus, sive hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit) omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis dicta est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam. Et non solum hoc in creditoribus dicitur, sed etiam si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum, quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta, non adversus confirmatorem mox emtor accedat, neque tenentem aliquid rerum venditoris, sed adversus venditorem prius, et sic adversus confirmatorem, et tertio loco contra detentorem. Eadem etiam hic existente divisione super praesentibus et absentibus, quam dudum in fideiussoribus et mandatoribus et sponsoribus ac creditoribus causa debitorum sancivimus; similiter obtinente etiam in aliis contractibus, in quibus fideiussores aliqui, aut mandatores, aut sponsores accipiuntur, et in ipsis principalibus ex utroque, et in hereditibus eorum et successoribus. Antiqua siquidem lex haec valeat rursus, et cum huiusmodi iustitia atque divisione nostros subiectos foveat».*

en nuestro Derecho, con tal prioridad frente a la excusión del fiador, las Partidas (que la imponía al acreedor *ex Ley 14, Tít. 13, P. 5.^a*)²⁰⁴ y algunas normas forales²⁰⁵; y así también algunos de nuestros Proyectos de CC, como los de 1836 y 1851; no ya el de 1882. Incluso hoy en algunos Códigos, como el francés (arts. 2170 y 2171), se mantendrá dicho beneficio de excusión para tal sujeto, llegando otros, como el vigente italiano (art. 2868), a reconocer la posibilidad convencional de conceder tal favor al hipotecante no deudor, al modo en que lo hacía, aunque imponiéndolo, nuestro Proyecto de CC-1851.

En cambio, en nuestro Derecho vigente no hay rastro ninguno de tal beneficio de excusión, ni a favor del tercer poseedor, a pesar de su casi constante concesión histórica, ni al del hipotecante no deudor, al que la historia nunca le otorgó aquel favor. Y así es hoy, al menos en la letra y espíritu de la ley, desde la LH-1861, donde aquella supresión de la excusión, por entonces aún mantenida en las Partidas, fue claramente advertida y sólo en parte acertadamente razonada en la Exposición de Motivos de aquella LH primigenia²⁰⁶:

«La hipoteca, además de ser un derecho real, es la garantía de una obligación, y por lo tanto un contrato accesorio y subsidiario

²⁰⁴ Que decía: «*Empeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna de su heredad, o casa, entienda que se empeñala heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta; tambien como si fuesse apoderado de la possession della, aquel a quien la empeño. Otrosi dezimos, que pues que la cosa es empeñada, que aquel que la recibe a peños, puede demandar a aquel que gela empeño, o a sus herederos, que le entreguen della. E si por aventura, aquel que ouiesse empeñado la cosa a vno, en ante que ouiesse entregado la possession della a quien la empeño, la diesse, o la vendiesse, o la empeñasse, o la enagenasse á otro, entregandole della; este a quien fue empeñada primeramente, deue demandar al que gela auia empeñado, todo aquello que le auia dado sobre ella. E si lo pudiere cobrar, de aquel gela empeño, entonce puede demandar la cosa quel fue empeñada, a aquel que fallare que es tenedor della, e non ante. Fuera ende, si aquel que auia empeñado la cosa, la vendio, o la enageno, despues quel mouio el pleyto sobre ella, aquel a quien era empeñada. Ca entonce, en su escogencia seria, de le demandar luego primeramente tal debda, a aquel que gela auia empeñada, o la cosa, al que fallasse en la possession della, a qual dellos mas quisiere».*

²⁰⁵ Nos referimos a la Orden de Alfonso IV dada en las Cortes de Barcelona, en 1432, cuyo texto es tan extenso, que esperamos se nos excuse de reproducirlo; y a la Ley 3, Rúbrica 28 de los Fueros de Valencia (citada, sin reproducir, por GÓMEZ DE LA SERNA, en sus *Comentarios a la LH, I*, p. 75).

²⁰⁶ En ella, al principio la Comisión pareció mostrarse titubeante sobre tal cuestión, acaso como si por la idea de inherencia real pudiera por lógica mantenerse implícitamente el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor: «*Al tratar especialmente de las hipotecas –dice la EM LH-1861–, ha creído la comisión que debía ante todo escribir una vez mas en las leyes, que la hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía y que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave. –Hasta aquí todo claro, pero a continuación añade– Con la consignación de este principio, implícitamente se aprueba la opinión de los que sostienen que en el caso*

—sic— de otro principal. De esto parece deducirse que cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sino en las de un tercer poseedor, tenga que acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada. Pero si esta regla no tuviera un límite breve y perentorio, no se conseguiría todo el efecto que se propuso el prestamista al buscar su seguridad más en la garantía, que en la persona á quien prestaba. Por eso el proyecto señala el término de los diez días siguientes al vencimiento del plazo, para que, requerido el deudor principal, satisfaga la deuda, sin que en este tiempo pueda ser molestado el tercer adquirente; mas, pasados estos días, ya está el acreedor en la plenitud de su derecho, dirigiéndose contra el tercer poseedor, no solo por el capital, sino por los intereses á que es estensiva la hipoteca en perjuicio de tercero; y si el poseedor no le paga en el término de otros diez días contados desde el requerimiento, ó no desampara los bienes hipotecados, entonces ya puede entablar directamente la acción ejecutiva contra los mismos bienes. —Hasta quí, como advertimos arriba en el epígrafe VI.1, se reconoce el «beneficio» de orden, pero a continuación se rechaza indubitadamente el de excusión²⁰⁷— De aquí se infiere que la comision no ha admitido los beneficios de órden y excusion en las deudas garantidas con hipoteca, porque, cualesquiera que sean su importancia y su justicia respecto á los fiadores, cuestion ajena del todo a este proyecto, no puede satisfacer al que, por medio de la constitución de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito. Envolverlo en procedimientos que dén por resultado la insolvencia del deudor; obligarlo a que se hagan antes excusion y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligación.»

de que la cosa hipotecada haya pasado á un tercer poseedor, puede este, cuando sea demandado, exigir y obtener que el demandante persiga por accion personal al que con él se obligó, y que solo cuando hecha excusión de sus bienes, resulte insolvencia, tenga derecho á reclamar por la accion real hipotecaria contra el poseedor de la cosa hipotecada. Así se ha dado nueva sanción al Derecho antiguo que siempre ha proclamado estos principios, si bien no siempre han sido llevados a sus indeclinables consecuencias». ¿Se mantendrá entonces aquel beneficio? A la simple vista del párrafo transcrito, SANCHEZ ROMAN (III, p. 798), cree que sí. Pero no es así, por lo que a continuación se añade, y transcribimos en texto.

²⁰⁷ Por eso parece equivocarse GARCÍA GARCÍA, JM. (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pp. 19 y 20), cuando dice que el beneficio de excusión del tercer poseedor fue derogado con la LH-1909, con la implantación del procedimiento judicial sumario, pero que fue mantenido en la LH-1861, «pues el acreedor no podía reclamar del tercer poseedor el pago de su crédito, sino cuando el deudor no lo verificase a los 10 días siguientes al vencimiento». Sin más, creemos, confunde orden y excusión. Como dicen GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 415 y 416); y PUIG PEÑA (p. 52), ya con la LH-1861 desapareció la excusión pues al tercer poseedor le bastaba con que el acreedor, antes de intimarle o requerirle de pago, hiciese lo propio antes contra el deudor. Sólo, pues, se exigía un previo requerimiento de pago al deudor.

Y, por último, la EM LH-1861, en un último párrafo separado, aun cometiendo ciertos errores que luego denunciaremos, y aun manifestando ciertas dudas que luego intentaremos despejar, termina diciendo:

«No desconoce la comision que entre nosotros, á imitación del Derecho romano, y equiparando la hipoteca á la fianza, por la analogía que hay entre ellas de ser igualmente obligaciones accesorias, se ha concedido el beneficio de excusion al tercer poseedor de los bienes hipotecados; pero prescindiendo de la vaguedad de la jurisprudencia acerca de este punto, de la facultad de señalar cuál es la estendida mas generalmente por falta de datos que puedan servir de reguladores, y por la incertidumbre que reina por regla general en todo nuestro sistema hipotecario, la comision debía mirar por los intereses que principalmente debe proteger la reforma que se le ha encomendado. En lo que propone ha seguido el ejemplo de varios códigos, y con especialidad de los que adoptan el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del Código civil.»

A la vista de todo lo expuesto en la LH-1861, la práctica unanimidad de nuestra doctrina, incluida la partidaria del «fiador real», concluye que tanto el tercer poseedor, como el hipotecante no deudor carecen hoy del beneficio de excusión. No obstante tal unanimidad, es necesaria mayor profundización, siendo insuficiente quedarse con la EM LH-1861 reproducida, pues a pesar de ser autorizadísimo comentario de la LH, no es estricta interpretación auténtica de la misma²⁰⁸; máxime cuando en ella, como se verá enseguida, hay titubeos y errores de fondo inadmisibles que de no aclarar y corregir permiten admirar algunas normas actuales del extranjero que sí conceden el beneficio de excusión (los arts. 2170 y 2171 *Code*, al tercer poseedor; y el 2868 *Codice*-1942, al hipotecante no deudor), para así proponer, como lo hacen los adeptos del «fiador real», su concesión, por analogía o, sobre todo, por vía convencional²⁰⁹.

²⁰⁸ Lo decía el propio redactor de la EM LH-1861, don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (pp. 166, 181 y 182), ante el elogio que a la misma hizo el Ministro de Gracia y Justicia de aquel entonces, D. Santiago Fernández Negrete, que la calificó como «*el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley*».

²⁰⁹ Defienden la aplicación analógica, en Francia, refiriéndose al artículo 2170 de su CC por ser también el tercero hipotecante, como el tercer poseedor, un no deudor, PLANIOL (pp. 342 y 343), aunque reconoce su dificultad, *ex* artículo 2171, pues la hipoteca por deuda ajena es siempre especial; y DAGOT (p. 460), añadiendo la lógica de que antes de ejecutar la hipoteca de un no deudor hay que ejecutar los bienes hipotecados en manos del propio deudor. Entre los nuestros, aun siendo conocedor de la EM LH-1861 reproducida antes, MORENO QUESADA, L. (pp. 175-179), es prácticamente el único defensor de la aplicación analógica del artículo 1830 CC al hipotecante no deudor, porque, sin ser ello contrario a la naturaleza real de la hipoteca –dice él– porque no suprime la acción real, sino que pospone su ejercicio, se muestra tal aplicación conforme al pro-

Ante todo, para admitir o negar tal posibilidad, la cuestión clave es: ¿Por qué desde el Derecho romano justiniano y a lo largo de buena parte de la historia, incluida a veces la actual de algunos Códigos, se ha venido reconociendo el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor, para luego negárselo? Dentro de los poquísimos autores que a esta pregunta responden, la mayoría lo hace fundándose en la analogía existente entre la fianza y la hipoteca, por ser ambas garantías accesorias²¹⁰. Según acabamos de ver, lo decía de pasada la Exposición de Motivos de la LH-1861. Será este un argumento empleado hoy para defender, ante nuestro «vacío legal», ora, según unos, los menos, la aplicación analógica de los artículos 1830 ss. CC al hipotecante no deudor, ora, cuando menos, según otros, los más, la posibilidad de conceder tal beneficio mediante pacto, al modo en que lo prevé el artículo 2868 CC italiano vigente. Nada de esto es admisible. Bien es cierto que la hipoteca es accesoria, y que también puede estimarse como subsidiaria, mas en el sentido etimológico más elemental, es decir, en cuanto sirve de subsidio, de ayuda o socorro, en este caso para que la deuda sea satisfecha. Y, desde luego, tampoco vale aquí traer el sentido etimológico de hipoteca (que, procedente del griego, significa sujeción o colocación de una cosa debajo de otra para sostenerla), pues ello alude más a la idea de sujeción real o, si se apura, a la de accesoriedad, mas no a la de subsidiariedad. Y ya quedó demostrado arriba —en el epígrafe V.1— que la estricta accesoriedad no fundamenta la excusión como su consecuencia lógica, necesaria

pio fundamento de la excusión (que para él, aunando todas las posibles razones, reside en razones de equidad, de accesoriedad y de subsidiariedad). En cambio, mayoritaria es la posición doctrinal que, aceptando la imposibilidad de la aplicación analógica, defiende la excusión del hipotecante no deudor por vía convencional; al margen, por ahora, de los argumentos empleados en su defensa, esta posición es hoy defendida sobre todo en Italia, *ex* artículo 2868 *Codice*-actual, que lo permite expresamente. Ya antes, vigente el CC italiano-1865, defendía la excusión acordada a favor del tercero hipotecante, CHIRONI (I, pp. 3, 64 ss., y II, p. 527). También se defiende la excusión pactada del tercero hipotecante, en Bélgica (DE PAGE, T. 7, p. 656); en Francia (SIMLER, núm. 469, apoyándose en la STCasación francés de 6 de marzo de 1979); y también en la doctrina española (MORENO QUESADA, p. 170 ss.; ALBALADEJO, III-2.º, p. 234; AZPITARTE, pp. 100 y 101; BELUCHE, pp. 10, 14-16; y CARPI, pp. 164 y 165).

²¹⁰ Así, en Francia, PLANIOL (p. 342); en parte, BAUDRY-LACANTINERIE (T. 27-III, pp. 385 y 386); DAGOT (p. 460). Entre nosotros, para LUZURIAGA (en G.^a GOYENA, IV, p. 208), comentando el artículo 1812 Proyecto CC-1851 (sobre el beneficio de excusión a favor del hipotecante no deudor, que luego, en su momento, trataremos con detenimiento), el beneficio de excusión del tercer poseedor a lo largo de la historia «fundóse en la analogía que existe entre la fianza y la hipoteca; obligaciones ambas accesorias de la principal»; por su parte, DIAZ MORENO (p. 515), fundamenta la excusión del tercer poseedor en tiempos de las Partidas por concebirse la hipoteca más como contrato accesorio, que como derecho real. Por eso dirá que se deroga tal beneficio tras la LH-1861 porque a partir de entonces la hipoteca será estimada más como derecho real que como contrato accesorio. Es la misma explicación que la de BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. [*La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980, p. 330].

o ineludible. De serlo, ¿por qué hoy nuestro Derecho no concede también expresamente la excusión en materia de hipoteca?; ¿o es que acaso también aquí hay otra supuesta quiebra de la accesoriedad, ahora en la hipoteca? Cuando en tiempos pasados se concedió al tercer poseedor el beneficio de excusión, la hipoteca se convirtió en subsidiaria, pero no como consecuencia necesaria e indeclinable de su accesoriedad, sino por su naturaleza real, o reipersecutoria²¹¹; a saber:

Sin necesidad de entrar aquí pormenorizadamente en el origen y devenir histórico del *jus distrahendi*, de la acción hipotecaria (la *serviana*,...) y de la inherencia real o reipersecutoriedad de la hipoteca; y también sin necesidad de entrar en la espinosa cuestión de si todas las hipotecas generales que existieron desde el Derecho romano hasta prácticamente la codificación eran o no reipersecutorias²¹², la cuestión que aquí y ahora interesa abordar es otra y, además, bien sencilla. Ya se tratara, por su origen, de hipotecas voluntarias, judiciales (pretorias, en Derecho Romano) o legales (numerosísimas en Derecho justiniano), ya se tratara, por su objeto, de hipotecas especiales o generales, todas ellas en tiempos de Roma eran tácitas, clandestinas u ocultas. De todos es sabido que uno de los motivos, el principal tal vez, de la escasa práctica de la hipoteca en el Derecho Romano fue su clandestinidad, y también su posible generalidad, sobre todo por la falta de un Registro Público como hoy conocemos o de cualquier otro sistema para dar a conocer las hipotecas²¹³. ¿Cómo entonces incentivar el préstamo

²¹¹ Son muchos los que explican la supresión de la excusión a favor del tercer poseedor por la diversa naturaleza jurídica existente entre la hipoteca y la fianza (así, BALLARIN, p. 330; CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, pp. 77 y 79; CARPI, pp. 161-164). Según AZPITARTE CAMY (p. 99), el «fundamento –de la derogación– está en razones de Orden público»; sí, pero, ¿cuáles son tales motivaciones de orden público? Parece responder RUBIO GARRIDO (p. 141, nota 333, y pp. 190 ss.), para quien se suprime tal beneficio con la LH-1861 porque en la era codificadora (del liberalismo) se va atenuando el tradicional *favor debitoris* (o *fideiussoris*) justiniano-medieval a favor del acreedor, en pro del tráfico y crédito territoriales. Parte de razón llevan todas estas explicaciones, pero no dan del todo con el meollo de la cuestión.

²¹² Para todas estas cuestiones son destacables, amén de la romanística común, los más recientes estudios de MENTXAKA, ROSA (*Notas sobre la naturaleza real o no de la prenda general en el Derecho Romano clásico*, en Libro-Homenaje a JB. Vallet de Goytisolo, vol. III, Madrid, 1988, pp. 655-663); y, siguiéndole bastante, DE CHURRUCA, J. (*Pignus*, en *Derecho Romano de Obligaciones*, en Homenaje a J. L. Murga Gener, Madrid, 1994, pp. 333-386, especialmente las pp. 352-355, 358, 359 y 364 ss.).

²¹³ Bien es verdad que por obra del Emperador León se introdujeron los llamados *pignus publicum* (constituido en documento ante Magistrado o Notario) y *pignus quasi publicum* (realizado en documento privado ante tres testigos de buena fama); pero tal pseudo-publicidad sólo servía para dar preferencia a tales hipotecas frente a las demás (la cuasi-pública frente a las «privadas», y la pública frente a todas). En dicha Constitución 8.17.11 de León (que para unos es del año 472 d.C., y para otros del 469 d.C.) se decía, en un fragmento que aquí más interesa: «*Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi*

hipotecario o cómo proteger al posible acreedor ante la sorpresa de que la finca que recibía en hipoteca ya estaba hipotecada antes por otra u otras deudas?; ¿y cómo incentivar la transmisión inmobiliaria o cómo proteger al adquirente de una finca que, sin poder saberlo, ya estaba hipotecada? Muchos y variados mecanismos dispuso al respecto el Derecho Romano, y luego el Derecho intermedio, aunque sin conseguir nunca el éxito deseado para la hipoteca como instrumento de prosperidad económica. Ahí estaban, vgr., el delito de estelionato, la acción civil de evicción,... En lo que aquí importa, el mecanismo de incentivo del tráfico inmobiliario y de protección del tercer poseedor para paliar la clandestinidad de toda hipoteca fue, precisamente, la concesión del beneficio de excusión. No en vano, ni por casualidad, tal concesión fue hecha definitiva, para perdurar durante mucho tiempo después, por Justiniano (en su referida Novela 4, cap. 2), cuando ya por entonces, salvo las «hipotecas» generales, sobre todo voluntarias, carentes de reipersecutoriedad (precedente remoto del 1911 CC), todas las demás hipotecas, cualesquiera que fuese su origen y objeto, eran ocultas y reipersecutorias, descognoscibles y eficaces en su *jus vendendi*, por entonces ya esencial, frente a cualquier tercer poseedor.

Y otro tanto puede decirse del Derecho intermedio, de nuestras Partidas y de las normas forales que por influencia romana²¹⁵ concedían el beneficio de excusión al tercer poseedor, con preferencia a la excusión del fiador, cuando aún existían las viejas clases de hipotecas (según Ley 1, tít. 13, P. 5.^a: voluntarias, judiciales y legales, éstas todavía numerosísimas), siendo tales hipotecas en su mayoría generales²¹⁴ y ocultas —o «*calladas*», según rezan las propias Partidas y otras normas para referirse a las legales—. Así, *a.e.*,

instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probate atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineatur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur».

²¹⁴ Tampoco aquí, como hicimos con el Derecho romano, vamos a entrar en si en tiempos de las Partidas y así hasta la LH-1861 las hipotecas generales eran o no reipersecutorias. Interesante al respecto fue el debate mantenido en el s. XIX por LUZURIAGA (en G.^a Goyena, IV, pp. 190, 195 y 196) y GÓMEZ DE LA SERNA [p. 204, nota (a)], al principio sin mencionarse el uno al otro, y luego cara a cara en las discusiones sobre la LH-1861 ante el Senado (que puede verse en las LLHH de España, I-2.^o, pp. 10, 11 y 39-41). En este debate la EM LH-1861 da la razón a Gómez de la Serna, quien para negar la reipersecutoriedad de las hipotecas voluntarias generales se apoyaba, sobre todo, en el Informe de la prestigiosísima entonces Audiencia de Valladolid; mas no se olvide que la Serna fue precisamente el redactor de la EM LH-1861.

²¹⁵ A la vista, sobre todo, de las leyes 1, 6 y 13, todas del tít. 13, P. 5.^a, cuya no reproducción ha de excusársenos por cuestiones ya de espacio, todas las hipotecas legales eran tácitas («*calladas*»). Las judiciales requerían sólo de entrega, y las convencionales sólo requerían de acuerdo o de señalamiento, con o sin escritura. También según los Fueros de Valencia (donde, recuérdese, también se concedía el beneficio de excusión al tercer poseedor), regía, cómo no, un sistema de clandestinidad en materia de hipotecas, como así nos

glosando la ley de Partidas que concedía tal excusión, decía Gregorio López que tal beneficio sólo era aplicable al caso de las hipotecas legales, todas generales y tácitas, esto es, ignorables por el tercer poseedor²¹⁶. Implícitamente se excluía de la excusión a las especiales y expresas, porque ya en las Partidas y sobre todo luego a lo largo de un extenso período de la Historia comenzó a exigirse la registración, al menos de las hipotecas especiales (recuérdense las diversas Pragmáticas y las normas de la Novísima Recopilación, todas ellas fallidas en la práctica común, que instauraron la Contaduría de Hipotecas o registros y oficios parecidos)²¹⁷. Porque, a la luz de las propias Partidas e incluso de tales Pragmáticas, si se demostraba que de algún modo el tercer poseedor tuvo o pudo tener conocimiento de la hipoteca recayente especialmente sobre el bien que adquiriría (vgr., según las propias Partidas, si la venta del bien hipotecado se hizo ya iniciado el pleito ejecutivo²¹⁸; si al adquirente se le exhibía la escritura de hipoteca, o era ésta mencionada en el contrato de compraventa, o por estar aquélla registrada en la Contaduría,...), entonces, dicho tercer poseedor carecería del beneficio de excusión, como lo atestigua la propia jurisprudencia de aquellos tiempos, sobre todo de los muy cercanos ya al CC-1889²¹⁹.

explican GALINDO y ESCOSURA (pp. 26 y 27); y GÓMEZ DE LA SERNA (I, pp. 63 ss.), aunque éste nos advierte de que en tiempos de aquellos fueros Jaime «el conquistador» intentó instaurar, aunque sin éxito, un rudimentario sistema de publicidad similar a los «horoi» de la Grecia clásica.

²¹⁶ G. LÓPEZ, decía en su Glosa introductoria a la Ley 14, tít. 13, P. 5.^a: «*Pignorando quis instrumentum emptionis vel donationis rei, intelligitur rem pignolare, sicut si possessionem rei creditori tradidisset; et iste creditor potest à debitore, vel ejus haeredibus petere, ut pignus ei tradatur: sed si ante traditionem pignus alii pignoretur, vel alinetur, et tradatur, prius ad debitum contra debitorem aget; et si id consequi non potest, tunc aget contra rei pignorate possessorem; nisi antequam alienetur, vel pignoretur, vel tradatur secundo, prius super pignore cum denitore litigabat; quia est in ejus electione contra quem velit agüere. Hoc dicit*». Y luego, en su Glosa (7), dice que esta Ley de las Partidas se aplica a las hipotecas tácitas: «*Procedit hoc etiam in tacita hypotheca legali*». Y téngase en cuenta que por entonces todas las hipotecas legales eran tácitas, como así advierte reiteradamente el propio Gregorio López.

²¹⁷ Nos referimos, sobre todo, a las Reales Pragmáticas de Carlos I y Juana, de 1539, de Carlos III, de 31 de enero de 1768, y de Felipe V, de 11 de diciembre de 1713; y a las leyes 1 ss., Tít. 16, Lib. 10 Novísima Recopilación. Para su estudio siguen siendo imprescindibles las explicaciones de GÓMEZ DE LA SERNA, en su Introducción a los Comentarios de la LH, ya citados (y algunas pueden verse reproducidas también en las LLHH de España). Lo que sí convendría advertir es que solía exigirse como condición de su eficacia real la toma de razón de las hipotecas especiales, no de las legales, ni de las convencionales generales, lo que para GÓMEZ DE LA SERNA (p. 91), fue uno de sus más graves defectos.

²¹⁸ Supuesto de no excusión en el que insiste ESCRICHE (p. 838), y que ya parecía, al menos, recoger el D. 20.1.13. § 4, de Marciano.

²¹⁹ Así, por ejemplo, las SSTs de 27 de febrero de 1879 y de 22 de junio de 1897, estando ya vigente la LH en concurrencia aún con las Partidas (por la fecha de origen del conflicto que resuelven), denegaron en el caso el beneficio de excusión al tercer poseedor porque la hipoteca se hizo con la cláusula de *non alienando* –por entonces permitida según la Ley 67, tít. 5, P. 5.^a (según recuerda, como caso de no excusión del tercer poseedor, ESCRICHE, p. 838)– y porque la hipoteca estaba inscrita. Por su parte, la más antigua STS

Así las cosas, la razón de la derogación en nuestra LH-1861 del beneficio de excusión para el tercer poseedor fue evidente, aunque no quedase lo suficientemente explícita en su Exposición de Motivos, sólo insinuada en su última frase; recuérdese, cuando termina diciendo: «*En lo que propone –la Comisión al denegar tal excusión– ha seguido el ejemplo de varios códigos, y con especialidad de los que adoptan el sistema hipotecario que ha prevalecido en Alemania, y lo que propusieron los redactores del Código civil*», refiriéndose al Proyecto de CC-1851. La referencia que a éste se hace, aun siendo acertada, ha de limitarse a su parte registral, la más germanófila por inspirarse en esta sede aquel proyecto en el Anteproyecto de 1848 (obra de los propios García Goyena, Luzuriaga, y de Bravo Murillo), que a su vez se inspiró en las también germanistas Bases del Proyecto de CC-1843 (de Luzuriaga)²²⁰; no ha de entenderse, pues, el apoyo del Proyecto CC-1851 referido a la parte sustantiva de hipotecas, que clara –y erróneamente en este punto de la excusión, como se verá– se inspiró en el CC francés. Lo demuestra que nuestro sistema hipotecario adoptase, en general y sobre todo para las hipotecas en particular, el principio de publicidad, complementado por el de especialidad²²¹. Como lema, se decía en la EM LH-1861: «*No hay pues mas que un sistema acep-*

de 9 de marzo de 1859, recogida por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (p. 361), y por ELIAS, JA. (*Derecho Civil general y foral de España*, Barcelona, 1876, p. 311), niega en el caso la excusión al tercer poseedor porque la hipoteca estaba registrada en la Contaduría de Hipotecas y porque, además, fue reconocida en la propia escritura pública de venta del inmueble hipotecado. Otro caso, evidéntísimo de negación de la excusión, es el de la STS de 9 de diciembre de 1865, porque el propio deudor era poseedor del bien hipotecado. ¿Cómo iba a alegar ignorancia de la hipoteca? Tampoco, como explica ESCRICHE (cit.), cabía la excusión cuando el deudor estuviese ausente o cuando fuese insolvente.

²²⁰ Como punto de partida se tomó una Base única, que decía: «*Para adquirir la hipoteca, sea ésta legal, judicial o convencional, no basta el título de adquisición, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro Público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de la hipoteca misma. De esta regla general no habrá más excepciones que las que se expresarán en el Código*». Y ante el debate suscitado por Luzuriaga, que pretendía hacer la inscripción constitutiva para todo derecho real inmobiliario, se aprobarán, desarrollando aquella base, las tres Bases (50 a 52) para el futuro CC, de entre las que aquí interesa traer la primera de ellas (la Base 50), que decía: «*No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro Público*».

²²¹ Acerca del Título XIX del Proyecto CC-1851 (sobre hipotecas), explicará LUZURIAGA (en G.^o GOYENA, IV, pp. 183, 184 y 186-190), que para fomentar el crédito y el tráfico inmobiliarios, se consagran para las hipotecas los principios de publicidad y de especialidad, ambos, dice, tomados del sistema hipotecario alemán (de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg). A idénticos principios de publicidad y de especialidad se referirá luego LUZURIAGA (en GOYENA, IV, pp. 209 y 210), como preámbulo al comentario del Título XX del Proyecto CC-1851 (Sobre el Registro Público), para extenderlos a la propiedad y a todo derecho y carga real inmobiliario. Así seguirá imponiéndose en el RD de 8 de agosto de 1855 (que puede verse en las LLHH de España, I-1.^o, p. 111), que mandaba redactar la LH, la que será de 1861. Y así ya lo recogía la Ley de Bases de 1858 para el Proyecto de la LH-1861 (que también puede verse en las LLHH de España, I-1.^o, pp. 118-120, 123 y 124).

table: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas». Para que toda hipoteca fuese eficaz *erga omnes* y gozase así de preferencia y reipersecutoriedad, se empezó a exigir su inscripción en el Registro de la Propiedad, su publicidad. Siendo entonces toda hipoteca pública, cognoscible, ¿para qué mantener ya el beneficio de excusión? No lo justifica de este modo tan patente la EM de la LH-1861, pero sí su debate ante el Congreso²²²: a la crítica del Sr. Ortiz de Zárate de que al tercer poseedor se le diera una especie de moratoria de 10 días para pagar después de ser requerido de pago el deudor (el beneficio de orden al que antes nos referíamos), replicará el Sr. Permanyer diciendo:

«La nueva ley... ha tenido en cuenta las dificultades á que se prestaba el *beneficio de orden y de excusión* concedido contra las acciones hipotecarias y en beneficio de los poseedores de fincas hipotecadas; ha tenido en cuenta estas dificultades, no ha podido cortarlas de raíz, no ha creído conveniente hacerlo; pero... para reclamar el pago de un crédito á cargo del poseedor de una finca hipotecada que no estaba sujeto á obligacion personal, y que nada tenia que ver con el contrato que produjo esta obligacion, no habrá en lo sucesivo necesidad, como la habia antes, de un juicio previo ordinario, de lo que comúnmente se llama *excusión*... Nada más lógico y justificativo bajo el punto de vista en que se colocaron los autores de la ley. ¿Qué era si no el beneficio de excusión ó de vida entre los romanos, de cuya legislacion se transmitió á la nuestra como á las demás Naciones modernas? Era una consecuencia genuina, indeclinable de las hipotecas ocultas, de estas mismas que están destinadas á desaparecer tan pronto como se plantee la ley que estamos discutiendo... Desde el momento empero en que se ha introducido en el régimen hipotecario el gran elemento de la publicidad, desde el momento en que todo poseedor de una finca al tiempo de adquirirla ha debido tener conocimiento de los gravámenes que pesaban sobre ella, y si no le ha tenido debe imputarse á sí mismo la culpa de su ignorancia, porque la ley le facilita todos los medios de adquirir esos datos; desde entonces el beneficio de orden ó de excusión, ó deja de tener objeto, ó debe quedar limitado á condiciones completamente distintas de las que antes tenia. La ley ha sido sumamente lógica en esta parte; no ha olvidado, no podia olvidar que el derecho de hipotecas es un derecho esencialmente accesorio y esencialmente subsidiario. Por eso obliga al acreedor hipotecario á reclamar el pago de la deuda al deudor personalmente obligado antes que al poseedor de la finca gravada. Pero teniendo en cuenta que el acreedor con hipoteca no habia fiado en el crédito personal de su deudor, sino en la libertad y suficiencia de los bienes, cuyo gravámen estipuló especialmente y conforme á derecho, teniendo la ley esto en cuenta, si bien considerando la hipoteca como un derecho accesorio,

²²² Que aquí tomamos íntegramente reproducidas de las LLHH de España, I-1.º, pp. 193-195.

no ha permitido que se entable la acción real contra tercera persona antes de reclamar la deuda al deudor personal obligado»²²³.

Así sucedió mucho antes en Alemania, donde en tiempos medievales (siglo XII), superada la recepción del Derecho Romano, empezó a instaurarse un sistema de publicidad registral para los derechos reales inmobiliarios en general, inspirado en aquellos principios de publicidad y especialidad, que cuajaría en diversas leyes²²⁴, algunas de ellas antecedentes directos de nuestros proyectos y normas hipotecarias, para consagrarse definitivamente con alcance general para toda la Alemania en el BGB-1896 (§§ 873 y 1115, sobre todo) y en la GBO-1897. Y lo mismo puede decirse de Bélgica, cuyo tradicional sistema del *nantissement*, reflejado en algunas normas locales muy antiguas de Bélgica y de algunas zonas del Norte de Francia, y luego consagrada en la ley hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851 que por influencia germana se aparta del sistema mixto francés, impone para toda hipoteca, y para todo derecho real inmobiliario, los principios de publicidad y especialidad. Por eso, ni en Alemania, ni en Bélgica, ni tradicionalmente en aquellas zonas norteñas francesas pertenecientes al *nantissement* existió nunca el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor²²⁵. Lo mismo podría decirse de Italia²²⁶. Y un tanto de lo mismo, por tanto, puede decirse para nuestro Derecho, especialmente desde la LH-1861.

²²³ Dichas palabras de Permanyer serán sintetizadas unos años más tarde por D. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (pp. 361 y 362), para justificar la supresión de la excusión en materia de hipotecas dada su publicidad registral. Y en tal idea insistirá en otro lugar (pp. 366 y 367), comentado el artículo 133 LH-1861 (equivalente al actual 126 LH). Ya años antes, en 1849, D. F.º de CÁRDENAS [*De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario*, en el Derecho Moderno (Revista de Jurisprudencia y administración), 1849, VI, pp. 270 y 271], así lo había vaticinado y propuesto *de lege ferenda* ante la sinrazón y deseable desaparición de las hipotecas ocultas, sorprendiendo que luego (en su trabajo de 1851, pp. 415 y 416, al que nos referiremos luego), al comentar el Proyecto CC-1851 vea bien la supresión de la excusión para el tercer poseedor, pero no haga objeción ninguna a la excusión que se concede al hipotecante por deuda ajena.

²²⁴ Destacables son la ley hipotecaria de Austria de 1781 (y su CC-1881), la ley de Mecklemburgo de 1819, la de Sajonia de 1843; de Prusia, amén de las leyes de hipotecas de 1722 y de 1783 y de su CC-1794, son más destacables las leyes de Ordenanza de Hipotecas de 1835 y la de Registros de 1872 (por ser ambas las más influyentes en el posterior y definitivo sistema alemán); y, en menor medida, pues sólo contemplaban la registración de las hipotecas (no la de los demás derechos y cargas reales inmobiliarios), las leyes hipotecarias o de prendas de Baviera de 1822 y de Wurtemberg de 1825.

²²⁵ Así lo advierten, refiriéndose a Bélgica, LAURENT (T. 31, pp. 236 y 237); DE PAGE (T. 7, p. 787); PLANIOL (p. 344); COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475), éstos últimos, los franceses citados, con cierta envidia, claro.

²²⁶ Porque tras la codificación en Italia, siempre han regido los principios de publicidad y de especialidad en materia hipotecaria. No obstante, CHIRONI (II, p. 565), y RUBINO (1956, p. 425), explican, con razón, la no concesión del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor porque ello sería contrario a la naturaleza real de la hipoteca.

Bien es verdad que, aunque muy reducidas en número, tras la LH-1861, y aún hoy, subsisten algunas hipotecas legales de las antiguas (cfr., arts. 137, 158.1 y 168 ss LH)²²⁷; pero en su mayoría, amén de su actual desuso (como sucede con las dotales), dichas hipotecas «legales» no son tales, al menos en el modo en que sí lo eran las del Derecho romano y del medioevo; son hipotecas, que podrían llamarse, coactivas o forzosas. En su mayoría no vienen impuestas directamente *ope legis*, sino habilitadas para ser concedidas en un acto (voluntario, o en su defecto impuesto por la autoridad), que, como sucede con las hipotecas voluntarias, ha de ser escriturado e inscrito (cfr., arts. 158.2, 159, 161, 165 y 166 LH, incluso la genuinamente legal del art. 14.1.II LAT). No escapan, pues, a los principios de publicidad y de especialidad. Las que siguen siendo genuinas hipotecas legales [la de la Hacienda Pública, la de Aseguradoras, y la del art. 9.1.e) LPH], en efecto, son obra directa de la ley y están exentas de publicidad registral. Mas no por ello son del todo clandestinas, ni, por ende, sería justificable para ellas el reconocimiento del beneficio de excusión, mucho menos para el tercero hipotecante por cuanto que toda hipoteca por deuda ajena –ya advertimos arriba– es voluntaria²²⁸. Para estas auténticas hipotecas legales, no es tanto que la publicidad legal se superponga a la falta de publicidad registral, sino que, de una u otra forma, los posibles terceros poseedores quedan protegidos ante ellas por la propia Ley: vgr., limitando el *quantum* de cobertura de la hipoteca o exigiendo que para cubrir el exceso de ese máximo la hipoteca sí deba inscribirse,...

No hay, pues, ya lugar lógico necesario para la excusión en nuestro Derecho hipotecario, como tampoco lo hay, desde hace mucho más tiempo, en otros, como el alemán o el belga.

Sí lo hay, o mejor dicho, lo hubo en el francés. La razón es también muy sencilla, y, en esta ocasión sí, ha sido advertida por la común opinión gala, a salvo los que explican la concesión de la excusión al tercer poseedor por su analogía con el fiador²²⁹. En el Derecho intermedio y durante mucho tiempo, a salvo algunos intentos fallidos en contrario, al regir la clandestinidad y la gene-

²²⁷ Ya debatiéndose la LH-1861 en el Congreso, como síntesis, dirá el Ministro de Gracia y Justicia de entonces, el Sr. Fernández Negrete, que de las 24 hipotecas legales que existían antes (18 de las Partidas y 6 de la práctica), la LH-1861 las reduce a cuatro.

²²⁸ Por eso, en Francia, donde el beneficio de excusión del tercer poseedor sólo opera respecto de las hipotecas generales (*ex* artículos 2170 y 2171 *Code*), o sea, las judiciales y las legales, la doctrina común gala niega su concesión al hipotecante no deudor, puesto que toda hipoteca dada por tercero es convencional, y, por tanto, especial. Así, BAUDRY (T. 27-III, p. 389); JOSSEAND (p. 696); los MAZEAUD (II, pp. 157 y 158); SIMLER y DELEBECQUE (p. 390, nota 5); MESTRE (y otros, I, p. 15, y II, p. 867); CABRILLAC y MOULY (pp. 256, 274 y 685); y las SSTCasación francés de 21 de junio de 1978, 6 de marzo de 1979 y de 6 de marzo de 1999.

²²⁹ Los citados arriba PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE y DAGOT.

ralidad en sede hipotecaria, era lógico que la mayoría del Derecho consuetudinario francés concediera la excusión al tercer poseedor²³⁰. Luego, en la época codificadora, como transacción entre los partidarios de mantener el añejo sistema de clandestinidad y generalidad de las hipotecas, entre otras razones mezquinas para mantener en secreto las enormes deudas y numerosas hipotecas que soportaban las grandes familias, y los partidarios de recoger el sistema de publicidad y de especialidad ya instaurados en las leyes revolucionarias (en la de 9 de mesidor del año III –de 27 de junio de 1795– y, sobre todo en la de 11 de brumario del año VII –de 1 de noviembre de 1798–), el CC francés, tras un largo y apasionado debate²³¹, transige en lo jurídico, y adopta un sistema auténticamente mixto –bastardo e inoperante, para muchos– de mezcolanza entre clandestinidad y publicidad, entre generalidad y especialidad²³². Así, en el *Code* originario, mientras que todas las hipotecas voluntarias, para su eficacia *erga omnes*, habían de ser públicas y especiales (arts. 2127, 2129, 2146 y 2166), las judiciales (las del 2133 *Code*) y las legales (las tres del art. 2121 *Code*)²³³, todas ellas, eran generales y ocultas (arts. 2122 y 2123). Esto dará como resultado, al modo de nues-

²³⁰ Como explican POTHIER (IX, pp. 444 y 445); y TROPLONG (T. 3, pp. 365, 366 y 381, nota 8), en la mayoría del Derecho consuetudinario francés el tercer poseedor siempre gozó del beneficio de excusión, ya fuese la hipoteca general o especial; no se concedía tal beneficio, en cambio, según el artículo 116 Costumbre de París, ya fuera la hipoteca general o especial, mas siempre tratándose de hipoteca en garantía de rentas periódicas; y tampoco concedía tal beneficio de excusión al tercer poseedor el artículo 436 Costumbre de Orléans si dicha hipoteca en garantía de rentas era especial.

²³¹ Que puede verse enteramente reproducido en FENET (pp. 223-326 y 510-524), donde los Tribunales Treilhard, Berlier, Portalis y otros (partidarios de la Ley germanista de brumario) se enfrentaron, agriamente incluso, a los tribunales Bignon de Premeneau y Tronchet (partidarios del sistema tradicional). Y para una espléndida síntesis de dicho debate, puede verse lo que dijo el Ministro de Gracia y Justicia, Fernández Negrete, en el debate de la LH-1861 ante el Senado (recogido en las LLHH de España, I-2.º, pp. 384 y 385).

²³² Así, PLANIOL (pp. 135, 136, 139 ss., 173 ss., 219), para quien ese sistema mixto es peor que el anterior de todas las hipotecas ocultas y generales; COLIN y CAPITANT (pp. 294, 325-327 y 354-356), para quienes el *Code* establece, dicen, un sistema bastardo, una amalgama de ideas tradicionales y de principios nuevos, que debería ser abolido; los MAZEAUD (I, pp. 351 ss.; II, pp. 32 ss., 367 y 368); JOSSEAND (pp. 551 y 616 ss.); LAURENT (T. 29, 7 ss., y t. 30, pp. 140 ss.), éste elogiando el sistema belga, el suyo, y criticando el francés, que al ser híbrido, combina la publicidad con la clandestinidad, lo que no es, dice, un principio, sino un vicio. A tal crítica se añade el hecho práctico –explicado, entre otros, por PLANIOL (pp. 189, 190, 253 y 254); los MAZEAUD (pp. 352 y 353); y por LAURENT (pp. 466 ss.)– de que en la práctica notarial fue muy común que la hipoteca convencional fuese general por su título y –sólo– especial en su inscripción; y de que en la práctica judicial incluso fuesen hipotecas generales en cuanto a su inscripción (con la muy usual cláusula de que se respondiera con todos los inmuebles que el hipotecante tuviese en tal o cual municipio) por cuanto en ellas, según dicen varias SSTCasación francés, se respetaba el principio de publicidad –olvidando, dice PLANIOL (cit.), el de especialidad, que es el auxiliar útil de la publicidad–.

²³³ Más los privilegios especiales inmobiliarios del 2103 *Code*, que PLANIOL (p. 95 ss.); COLIN y CAPITANT (pp. 139 ss.); y los MAZEAUD (pp. 185 y 186), por influencia de DOMAT (*Loix Civiles*, I, sec. XIX ss.) y de POTHIER (IX, pp. 433 y 434), estiman como verdaderas hipotecas legales o privilegiadas *ex* 2113 *Code*.

tras Partidas y de nuestro Derecho posterior a ellas y anterior a la LH-1861, que el tercer poseedor carezca del beneficio de excusión cuando la finca esté gravada por una hipoteca especial, esto es, pública, gozando, *a contrario sensu*, aquél de tal beneficio en los demás casos, en los de las hipotecas generales, es decir, ocultas. Lo dejaba bien claro el artículo 2171 CC francés, aún hoy vigente: «*L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble*»²³⁴. Así fue también el sistema, sobre hipotecas y excusión, que por influencia francesa recogía el Proyecto CC-1836 español²³⁵. Pero luego, con la ley francesa de reforma del CC de 23 de marzo de 1855²³⁶, a salvo la hipoteca legal del artículo 2121.1.º, que sigue siendo tácita y general –aunque cabe su reducción (arts. 2140 ss. y 2161 ss.)–, todas las demás legales y las judiciales se someten al principio de publicidad (arts. 2134, 2135 y 2166); y más tarde, al fin, por obra del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 y de la Ordenanza de 7 de enero de 1959, los principios de publicidad y especialidad alcanzarán ya a toda hipoteca, consagrándose así prácticamente el sistema de la ley de 11 de brumario. ¿Para qué servirá, entonces, mantener vigentes los artículos 2170 y 2171 *Code* sobre el beneficio de excusión a favor del tercer poseedor? Es esta una contradicción interna

²³⁴ Así lo entendía la común opinión francesa, detalles aparte, al interpretar los artículos 2170 y 2171 *Code*, diciendo que la excusión no opera tratándose de hipotecas –o de privilegios– especiales –ni de bienes litigiosos, añadía antes POTHIER, IX, pp. 446 y 447–. En la gestación de tales artículos 2170 y 2171 CC francés, hubo, sin embargo, un importante debate (*vid.*, en FENET, pp. 384 y 385): TRONCHET criticaba que no hubiese lugar a la excusión sólo en el caso de hipotecas especiales, que son todas convencionales, en tanto que al acreedor con hipoteca legal sí le era oponible tal beneficio de excusión; para Tronchet también en caso de hipoteca convencional-especial debería el tercer poseedor gozar de tal beneficio. A ello replicará TREILHARD diciendo, por un lado, que nada daña al acreedor con hipoteca general dirigirse contra uno u otro bien antes que contra otro, y que, por otro lado, la hipoteca especial es la garantía directa y exclusiva del acreedor. Como se ve, no da en la clave Treilhard.

²³⁵ Como síntesis, en la Exposición de Motivos del Proyecto de CC-1836 se anunciaba la disminución en número de las hipotecas tácitas y generales por ser perjudiciales para el tráfico jurídico inmobiliario: por un lado, porque lo impiden o lo hacen más gravoso para el dueño transmitente si el adquirente lo conocía, pues éste pagaría un precio menor; y, por otro, porque es una superchería injusta para el adquirente que lo ignorase. Y ya en su articulado, tras decir que toda hipoteca es eficaz *erga omnes* (arts. 1725 y 1726), que toda hipoteca convencional es pública y especial (arts. 1751 a 1754), y que la mayoría de las hipotecas legales y judiciales son tácitas y generales (arts. 1755 a 1766), acerca de los efectos de la hipoteca frente al tercer poseedor, al modo francés, le concederá el beneficio de excusión cuando se trate de hipotecas generales (art. 1770) y se lo negará cuando se trate de hipotecas especiales (art. 1771).

²³⁶ En cuya tramitación, por cierto, según nos cuenta su contemporáneo TROPLONG (T. 3, pp. 363-365), se previó la abolición del beneficio de excusión del tercer poseedor (la derogación, pues, del precedente del art. 2170 *Code*), por ser inexacta, dice, la asimilación entre fiador y tercer poseedor, y porque mientras aquél puede, como suele hacerse, renunciar a la excusión, en el caso del tercer poseedor ningún contrato hay entre él y el acreedor que posibilite tal renuncia.

sobrevenida en el CC francés que ha sido muy criticada por la generalidad de la doctrina francesa²³⁷. Por eso, craso error sería admirar en este punto al CC francés, bien para defender la aplicación analógica de los artículos 1830 ss. CC español al «fiador real», o para defender la posibilidad de su acuerdo²³⁸. En este punto, el *Code* sólo merece repulsa.

Idéntico, o incluso mayor, rechazo merece, en este punto, el Proyecto de CC-1851, que erróneamente también sirve hoy a algunos de fundamento para defender aquella aplicación analógica o para admitir la excusión pactada entre acreedor e hipotecante no deudor²³⁹. Porque si el CC francés en esta sede ha devenido con el tiempo en contradictorio, el Proyecto CC-1851 fue incoherente desde un principio:

Por un lado, aunque en apariencia por su silencio al regular la hipoteca, justificado expresamente por Luzuriaga, tal proyecto parece no conceder el beneficio de excusión al tercer poseedor²⁴⁰, en realidad sí lo hace, no en sede de hipoteca, sino en la de fianza, cuando en su artículo 1745.II, diverso de nuestro actual artículo 1832 CC y casi copiando el artículo 2023.II *Code* –tal vez por mimetismo y sin caer en la cuenta de lo que se hacía–, se dice que «*el fiador no puede* –al oponer la excepción de excusión– *señalar bienes... que no estén poseídos por el deudor, aunque hayan sido hipotecados para*

²³⁷ La critican, por las razones indicadas, matices y detalles aparte, COLIN y CAPITANT (pp. 474 y 475); JOSSERAND (pp. 695 y 696); los MAZEAUD (II, pp. 158 y 159); MESTRE (y otros, II, p. 807). Como razones diferentes, COLIN y CAPITANT (cit.), aducen la evitación de un circuito de acciones, que, sin embargo, como veremos enseguida, evita el 2023 CC francés (sin parangón, acertadamente, en nuestro CC); SIMLER y DELEBECQUE (p. 390), se sorprenden de tal concesión porque el tercer poseedor no es un deudor accesorio –ni deudor, añadimos nosotros–; BAUDRY (T. 27-III, p. 384); y, siguiéndole, JOSSERAND (cit.), los MAZEAUD (II, p. 155 ss.) y MESTRE (cit.), dicen que tal concesión es una excepción al principio de la indivisibilidad fundada en la equidad, pues la aplicación de dicho principio llevaría a una injusticia, por cuanto que el tercer poseedor sólo es obligado *propter rem*.

²³⁸ Citados ya *supra*, siendo hoy destacable la posición de BELUCHE (cit.).

²³⁹ Véase la nota anterior.

²⁴⁰ Parece justificarlo (IV, p. 205) al referirse al artículo 1799 Proyecto CC-1851, que dice: «*La hipoteca confiere accion real al acreedor para hacerse pagar con el valor de la cosa hipotecada.(...) El acreedor puede ademas ejercitar su accion personal contra el deudor, bien sea separadamente de la accion real, o bien simultáneamente con ella, salvo lo dispuesto en el artículo 1559* –sobre censos, que ahora no viene a nuestro caso–». No obstante tal libertad, en el comentario –brevisimo– de esta norma, advierte LUZURIAGA (cit.), de lo que dirá en el artículo 1812 (sobre excusión del hipotecante no deudor, al que luego nos referiremos). Es una promesa que, como se verá enseguida, no cumple. En cambio, CÁRDENAS, en su comentario al Proyecto CC-1851 (pp. 415 y 416), tras criticar, por sus dilaciones y excesivos gastos judiciales, la excusión que a favor del tercer poseedor recogían las Partidas, ve su supresión en el artículo 1810 Proyecto CC-1851, que parece sólo recoger un beneficio de orden, mas dentro del mismo pleito ejecutivo hipotecario, al decir en sus dos primeros párrafos: «*No se puede repetir el pago contra el tercer poseedor, sin requerir previamente al deudor personalmente obligado.(...) Pasados diez días sin que el deudor haya pagado, puede hacerse la repetición contra el tercer poseedor, el cual tendrá el término de otros diez días para desamparar los bienes hipotecados, si no prefiere pagar la deuda...*».

la seguridad de la deuda»²⁴¹. ¿Por qué no? En su respuesta, García Goyena se limita a reproducir parte del razonamiento que los tribunales franceses dieron antes, en el debate parlamentario, del correlativo artículo 2023 *Code* (razones de agilidad y celeridad procesal)²⁴², fundados todos ellos, Goyena y tribunales, en la opinión de Pothier, aunque sin citarlo; pero ni aquél ni éstos, ni otros tantos, atendieron a todo el razonamiento que aportó Pothier al respecto: tales razones de sumariedad procesal obedecían a que, precisamente, el tercer poseedor también contaba con el beneficio de excusión; de modo que para evitar el circuito de acciones o reenvíos, que al final conduciría a la ejecución patrimonial en primer lugar del deudor garantido, con aquella norma (la del art. 2023 CC francés), en coherencia con la que concedía la excusión al tercer poseedor frente a todo deudor, principal o accesorio (*ex art. 2170 Code*)²⁴³, se imponía directamente ejecutar el patrimonio del deudor asegurado²⁴⁴. El Proyecto

²⁴¹ Dice el artículo 2023.II *Code*: «Elle –el fiador– ne doit indiquer... ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur». Así también el 1909.II *in fine* CC italiano-1865 –no ya hoy, congruentemente, el artículo 1934 *Codice*-1942–, y, entre nosotros, el artículo 12.II del Anteproyecto CC-1888, que copia al artículo 1745 del Proyecto CC belga de Laurent; a los que extendemos el comentario crítico que a continuación en texto hacemos del Proyecto CC-1851.

²⁴² Comenzará justificando el Tribunal CHABOT (en *Fenet*, p. 54) que tal exclusión de bienes hipotecados en manos del tercer detentador evitará una larga excusión. Ello será criticado por el Tribunal GOUPIL-PREFELIN (en *Fenet*, pp. 66-68): 1.º porque seguramente el fiador, al prestar fianza, confió en esa garantía hipotecaria; 2.º porque al no permitirse la excusión en tal caso se convierte al fiador en fiador solidario por un acto (el de venta del bien hipotecado por el deudor a un tercero) ajeno al fiador, que no pudo preverlo, ni evitarlo; y 3.º porque al negársele en tal caso la excusión no se protege por ello al acreedor, pues si éste fue diligente en la conservación de la hipoteca, goza de la acción hipotecaria, y de prelación, frente a ese tercero adquirente. A todo esto replicará el propio CHABOT (en *Fenet*, pp. 71 y 72), diciendo que por razones de equidad es inadmisibles que la ejecución provocada por la excusión sea larga, difícil y penosa («longue, difficile et pénible»). También alegan la elusión de una ejecución larga, difícil y penosa, LAURENT (T. 28, p. 226); TROPLONG (T. 17, pp. 246-248); BAUDRY (T. 24, p. 551); BORSARI (p. 328); DISTASO (ED, p. 117). Por su parte, GOYENA (IV, p. 152), comentando el artículo 1745 Proyecto CC-1851 (arriba en texto reproducido), se limitará a decir: «En los discursos 95 y 96 se contestó victoriosamente al ataque: «... Para perseguir los bienes hipotecados poseídos por un tercero, tendría que litigar contra este: semejante pleito acarrearía retardos y dilaciones, y acabaría tal vez por hacer la fianza más onerosa que útil».

²⁴³ Que dice: «Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement: pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué».

²⁴⁴ Decía íntegramente POTHIER (II, p. 222): «La discussion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont hors du royaume. M. de Lamoignon voulait qu'il ne pût même être obligé à la discussion de ceux situés dans le ressort d'un autre parlement.(...) Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à en attendre l'événement pour être payé: c'est encore une suite du même principe, «que la discussion ne doit être ni trop longue ni trop difficile» –en esto se quedarían los tribunales y autores citados; pero Pothier añadía algo más al referirse al otro caso; a saber: (...) Par la même raison, il n'est pas obligé de discuter les biens hypothéqués par le

to CC-1851 sólo recoge una norma gemela a la del 2023 francés, pero no a la del 2170, con lo que sólo implícitamente, o de rebote si se quiere, termina admitiendo aquel beneficio de excusión para el tercer poseedor. De no entenderlo así, carecería de razón el artículo 1745.II Proyecto CC-1851 en su copia del 2023 francés.

Y por otro lado, ya en sede de hipoteca, tras consagrarse la libertad de acción (real-hipotecaria o personal) del acreedor hipotecario y tras justificar Luzuriaga que el tercer poseedor carece de tal beneficio, dice que el hipotecante no deudor sí goza del beneficio de excusión, claramente *ex* artículo 1812 del Proyecto CC-1851²⁴⁵, según él por su analogía con la fianza por ser ambas obligaciones accesorias, al modo en que luego lo dirá también la EM LH-1861 más arriba reproducida²⁴⁶. Tal justificación, como ha quedado

principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés, et qu'ils sont possédés par des tiers; ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneraient contre eux l'action hypothécaire; *edd. Novel. cap. 2*».

²⁴⁵ Recoge la libertad de acción el artículo 1799 Proyecto CC-1851 (en una nota anterior reproducido); y, por su parte, decía el artículo 1812: «*Cuando la hipoteca no fue constituida por el mismo deudor, sino por otro á título de fianza, tendrá lugar el beneficio de excusión con arreglo á lo dispuesto en la seccion I, capitulo II, título XVII de este libro, y no en otro caso*». Al respecto, no nos parece justa la crítica que sobre ambas normas realiza LALAGUNA (pp. 57 y 58), y, siguiéndole, CASTILLO MARTÍNEZ (p. 87); para estos autores el 1812 se contradice con el artículo 1799, pues éste, dicen, da preferencia al ejercicio de la acción hipotecaria frente a la personal, de lo cual, terminan diciendo, Luzuriaga no da una respuesta satisfactoria. No parece ser esto así: amén de que, como dirá Luzuriaga, el 1812 es excepción de lo que dice el 1799, en éste no se proclama prioridad ninguna de una acción sobre otra, sino dualidad de acciones y libre ejercicio de ambas. La excepción del 1812 es a ese libre ejercicio, no a la prioridad de la acción real.

²⁴⁶ Dice íntegramente LUZURIAGA (en G.^a Goyena, IV, p. 208): «Fundóse en la analogía que existe entre la fianza y la hipoteca; obligaciones ambas accesorias de la principal: concedió el Derecho Romano al tercer poseedor de los bienes hipotecados el beneficio de escusion, el cual fue tambien recibido en el Derecho patrio, sin embargo de que se limitó en este con muchas excepciones –que arriba ya hemos nosotros indicado–; y, á falta de un regulador seguro de la jurisprudencia, no sería fácil afirmar cuál es hoy en esta parte la regla de los tribunales –confusión, la suya, que obedece a la heterogeneidad en los tribunales menores de aplicar o no las Pragmáticas que imponían la publicidad para toda hipoteca–; porque tales son la incertidumbre y la confusión que reinan en un gran número de las supesiones que tienen mayor ó menor contacto con la legislación hipotecaria. El artículo 1812 disipará estas dudas, y ya no tendrá el tercer poseedor aquel beneficio, porque así lo exige la necesidad de afianzar el crédito territorial, que no consiente implicar al acreedor hipotecario en pleitos, sino que exige una accion expeditiva y directa contra los bienes obligados, por cuya razon se hallan de acuerdo en este punto el sistema Germánico, como puede verse en el artículo 90 de Wurtemberg, y 57 de la ley de Baviera, y el Francés, como se manifiesta en el 2171 del Código». Como se ve, menciona un batiburrillo de normas jurídicas heterogéneas, y cuya *ratio* –ya explicada en las páginas anteriores– no supo conocer Luzuriaga, contradiciéndose, además, por cuanto que al referirse al sistema registral o hipotecario –como vimos en una nota anterior– también aludía Luzuriaga al sistema alemán (de Baviera, Wurtemberg,...), sin percatarse de que en tal sistema no había lugar para la excusión en materia hipotecaria por ser toda hipoteca pública y especial. Tampoco se percató de ello CÁRDENAS (en los trabajos citados, especialmente en su comentario al Proyecto CC-1851, pp. 415 y 416), cuando tras criticar la excusión del tercer poseedor consagrada en las Partidas, elogia su supresión en el Proyecto-1851, limitándose a mencionar su concesión a favor del hipotecante por deuda ajena *ex* artículo 1812 Proyecto CC-1851.

demostrado, es un grave error. Y la norma del Proyecto que consagraba tal excusión, si bien incontestable en su literalidad, era contradictoria con el resto del sistema hipotecario instaurado en el propio Proyecto. Si en la parte registral inmobiliaria, el Proyecto CC-1851 es germanista por inspirarse en los principios de especialidad y de publicidad para toda hipoteca, ¿por qué concedió la excusión, más aún al propio hipotecante que, evidentemente, es conocedor de la hipoteca? Siendo rechazable la justificación alegada por Luzuriaga, no quedaría más remedio que ver en el artículo 1812 Proyecto CC-1851 una gracia, un privilegio singularísimo, por carecer de razón sustancial e histórica, a favor del hipotecante no deudor. Por eso mismo, al menos en este punto, que nadie se apoye en el Proyecto CC-1851 para fundamentar la excusión, analógica o convencional, a favor del tercero hipotecante. Es, por el contrario, acertadísimo que nuestro actual CC no conceda la excusión, ni al tercer poseedor²⁴⁷, ni al hipotecante no deudor.

3. LA PRETENDIDA EXCUSIÓN CONVENCIONAL DE EFICACIA *INTER PARTES* EN FAVOR DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR: SU NULIDAD POR SER *CONTRA NATURAM* Y *CONTRA LEGEM*

Aun quedando desacreditados, en nuestra opinión, los más «importantes» apoyos, pasados y actuales, en *pro* de la excusión, sobre todo pactada, del hipotecante no deudor, quedan todavía otros argumentos por rebatir. Uno de ellos es considerar que la libertad de elección del acreedor hipotecario entre la acción personal y la acción real hipotecaria es disponible, negociable, y, por tanto, renunciable. Para llegar a tal conclusión, varios apoyos legales se emplean, unos foráneos, y otros propios:

Uno de los fundamentos jurídicos patrios es el artículo 1447 LEC-1881 y, en su lugar, hoy los artículos 592.1 y 681 LEC²⁴⁸.

²⁴⁷ De ahí que no resulte justa, por desacertada, la extrañeza crítica que muestra BAUDRY-LACANTINERIE (T. 24, p. 551), al ver que no hay norma correlativa al artículo 2023.II francés en nuestro CC, así como tampoco la hay, para su sorpresa, en el BGB, ni el CC suizo. Muy sencillo, porque en ellos, por las contundentes razones vistas, no se concede el beneficio de excusión al tercer poseedor.

²⁴⁸ Así, sobre todo, AZPITARTE (pp. 100 y 101); y BELUCHE (pp. 10, 14-16). Régimen similar al del artículo 1447 LEC-1881 se observa en otros Códigos (vgr., art. 697 CC portugués vigente, § 777 Ley Procesal civil alemana, artículos 2209 *Code* y 675 Cod. Proc. Civil francés, y artículos 2080 *Codice*-1865 y 2911.1 *Codice* vigente, al que nos referimos arriba, en el epígrafe V.2, al tratar el problema de la colisión de subrogaciones). Ya mucho antes, en C. 8.13.2, introducido por los Emperadores Severo y Caracalla, se consagró una especie de excusión real, en cuya virtud si la deuda estaba garantida con hipoteca general y con hipoteca especial, el acreedor debía proceder primero contra la hipoteca especial (salvo que el

Curiosamente, el artículo 1447 LEC-1881, que consagraba el llamado beneficio de excusión real, era muy recurrente para muchos autores, incluidos nosotros (pp. 393 y 394), para negar la excusión al hipotecante no deudor²⁴⁹. No era, sin embargo, tal norma definitiva en este punto, porque al imponer aquélla que lo primero que debía ejecutarse era el bien hipotecado, tal preferencia ejecutiva sólo operaba cuando el acreedor hipotecario había interpuesto la acción personal, no la hipotecaria, y el deudor era a su vez el hipotecante y conservaba aún el bien hipotecado sin haberlo transmitido²⁵⁰. De poco servía, pues, tal norma para negar la excusión al tercero hipotecante; pero tampoco podría servir para lo contrario, por lo que a continuación se verá sobre el Derecho actual, que en este punto mantiene sin cambio relevante el criterio de antaño. Mayor apoyo parece encontrarse a favor de la excusión convencional en la norma dispositiva del artículo 592.1 LEC, que como primer criterio en la ordenación de la ejecución patrimonial atiende a lo pactado entre el ejecutante y el ejecutado. Esto es descontextualizarla; dicha norma se ubica en materia referida al juicio ejecutivo ordinario, es decir, para cuando, en el caso de hipoteca, el acreedor hipotecario interponga la acción personal contra el deudor o la acción real hipotecaria, en este caso siempre que el deudor sea hipotecante y poseedor del bien hipotecado. O sea, que el ejecutado siempre será el propio deudor, no por sí sólo el titular del bien hipotecado. De hecho, el artículo 592.1 LEC no habla de ejecutante y de ejecutado²⁵¹, sino de «*acreedor y deudor*». Lo que sí ha hecho esta norma, al priorizar la autonomía de la voluntad en materia de ejecución patrimonial, es derogar el imperativo beneficio de

acreedor se hubiese reservado expresamente la elección entre una u otra, dice aisladamente, GÓMEZ DE LA SERNA, II, p. 156). También existía ya dicho beneficio de excusión real en las Observancias de Aragón (véase, al respecto, DE ASSO y DE MANUEL, pp. 169 y 170; GÓMEZ DE LA SERNA, I, p. 56; ELIAS, p. 312; y DE ROVIRA, en *EJE*, p. 311).

²⁴⁹ Y nos cita, para luego con razón criticarnos, BELUCHE (nota 135). Así también opinaban, CAMY (pp. 395 y 406); CABELLO DE LA SOTA (pp. 114 y 115); CORDERO (p. 250). En Italia, GORLA (1935, p. 101), refiriéndose al artículo 2080 *Codice*-1865. Sin que sirva de excusa, tal opinión obedecía a la interpretación que grandes hipotecaristas hacían del artículo 1447 LEC-1881 al entender que dicha norma imperativa excluía la libertad de elección del acreedor hipotecario por obligarle a interponer la acción hipotecaria antes que la acción personal para toda clase de hipoteca (así, CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., «La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada», en *RCDI*, 1940, p. 407; SANZ FERNÁNDEZ, en sus *Comentarios a la nueva LH*, Madrid, *sff*, p. 388; DE LA RICA, en *AAMN*, 1948, pp. 291-294; GARCÍA GARCÍA, p. 376, para quien aquella norma se había de aplicar incluso cuando hay un tercer poseedor).

²⁵⁰ Esta es la interpretación común en nuestra doctrina (entre los más relevantes, ROCA SASTRE, pp. 958 y 959; COSSIO, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1956, p. 361; BALLARIN, pp. 341 ss. y 448; CHICO y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 4.ª ed., Madrid, 2000, p. 1622; DÍAZ GONZÁLEZ, III, p. 263; PEÑA BERNALDO, p. 160).

²⁵¹ Como, en cambio, dice BELUCHE (cit.).

excusión real que contenía antes el artículo 1447 LEC-1881, aunque, por supuesto, no impide que así lo pacten las partes, pues ello se muestra muy conforme a la naturaleza jurídico-real, a la eficacia reipersecutoria, de la hipoteca. No puede, en cambio, decirse al contrario que por esa misma razón quepa pactar el beneficio de excusión personal. Ello sería contrario a la naturaleza y eficacia reales de la hipoteca y, además, contrario a la propia ley, a la necesaria libertad de elección entre acción personal y real que tiene, y ha de tener, todo acreedor hipotecario. Hay, sin embargo, quien niega tal imperatividad apoyándose, hoy, en el «podrá» del artículo 681 LEC, sobre ejecución hipotecaria²⁵². Se malinterpreta ese «podrá», pareciéndose olvidar que tal expresión no es novedad de la LEC vigente. Ya la utilizaron y siguen utilizando, con antecedentes en las más antiguas normas hipotecarias, los artículos 126 y 129 LH que, también sobre el juicio ejecutivo hipotecario, dicen, como decían hace casi un siglo, «podrá» (también el art. 1872 CC, sobre prenda); y como se aclaró en el debate parlamentario de la LH-1909, donde tal expresión se empleó por primera vez, no significa ello que la libertad de elección de acciones sea disponible, sino que, muy al contrario, el acreedor siempre tiene libertad para elegir entre la acción personal o la real, entre el juicio ejecutivo ordinario, el hipotecario o el extrajudicial ante notario²⁵³. Y así lo dice hoy la común opinión, incluida la procesalista, a la vista de los artículos 517.2, 579, 592, 681 y 682 LEC, y 129 LH²⁵⁴. Restringir o alterar convencionalmente tal libertad sería incluso contrario a los artículos 1911 CC y 105 LH²⁵⁵, normas éstas que como única

²⁵² Así, sobre todo, BELUCHE (cit.).

²⁵³ Esa era la contestación del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, Fernández Negrete, a la pregunta que hacía el Sr. Rodriguámez (en *LLHH* de España, II-1.º, pp. 669, 670 y 680), añadiendo aquél que lo imperativo eran los trámites del procedimiento judicial sumario si era éste por el que finalmente optaba el acreedor hipotecario.

²⁵⁴ MORENO CATENA, V. (*La nueva LEC, IV: La ejecución forzosa*, Madrid, 2000, p. 183); MONTERO AROCA, J. (*Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Valencia, 2001, pp. 181, 282 y 284, éste conforme a lo que ya decía en su otro trabajo anterior, «Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva: interpretación del artículo 129.1 LH», en *AC*, 1997, p. 1135 ss.); MARTÍN DIZ, F. (*La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000, pp. 182-184); JURADO (pp. 20-27); CARBONELL LLORENS, C. («La ejecución hipotecaria», en *Cuadernos del CGPJ*, núm. 31, Madrid, 2000, pp. 286 y 287); RUBIO GARRIDO (cit.). No hacen estos autores sino secundar la libertad del acreedor hipotecaria ya hace tiempo proclamada (véase la siguiente nota).

²⁵⁵ Así lo decían ROCA SASTRE (p. 958, nota 3); DÍAZ GONZÁLEZ (III, p. 263); y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (*En torno a la libertad de elección procesal del acreedor hipotecario*, en *RJC*, 1979, pp. 49-51), para negar, frente a la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y de ALGUER (III-2.º, pp. 271 y 272) –a la que luego se adhiere MORENO QUESADA (p. 170 ss.)–, la posibilidad de pactar el beneficio de excusión real en cualquier clase de hipoteca y cualquiera que fuese el hipotecante. Frente a tal propuesta, aquellos sólo admitían las excepciones legales de los artículos 1447 LEC-1881 y 140 LH, que como tales excepciones habían de interpretarse restrictivamente.

excepción, y por tanto de restrictiva interpretación, admiten la del artículo 140 LH, que, como ya se advirtió más arriba, sólo es aplicable al caso en que el hipotecante sea el propio deudor; y, en particular, admitir el pacto de excusión personal a favor del hipotecante no deudor sería contrario *in recto* al artículo 1858 CC y a los artículos 1876 CC y 104 LH, esto es, a la esencia más íntima y radical de la hipoteca, y a la propia causa de su concesión²⁵⁶. Sería, pues, un pacto *contra naturam* y *contra legem*. Ya lo decíamos en nuestro *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca, cit.*, p. 394:

De concederse el beneficio de excusión al hipotecante no deudor, «la garantía real hipotecaria –decíamos– resultaría una simple quimera al quebrar su propia razón de ser: la posibilidad de ejecución directa, reipersecutoria y preferente de una cosa determinada en pago del crédito asegurado. Sería *contra naturam*, contrario a la propia esencia teleológica de la hipoteca, compeler al acreedor para que accione primero contra el deudor, puesto que nuevamente asumiría los riesgos de insolvencia patrimonial del obligado y de concurrencia en igualdad o paridad con otros acreedores en la ejecución; unos peligros éstos que fueron precisamente los que motivaron la constitución de la hipoteca.»

Recuérdese, en general (*vid.*, epígrafe I), que la hipoteca mira a la cosa, no la persona que presta la hipoteca. Lo que explica, precisamente, el progresivo reforzamiento y agilización de la ejecución hipotecaria desde la LH-1909 hasta la actual LEC (cfr., el ap. XVII, párrafo 2.º de su Preámbulo). Y recuérdese de nuevo, pues parecen olvidarlo algunos tras su cita, que así lo advertía la propia EM LH-1861 refiriéndose a la excusión del tercer poseedor:

²⁵⁶ Ya hace tiempo GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 415 y 416), y BURON (p. 536), negaron la excusión al tercer poseedor por ser ello contrario al artículo 105 LH-1861 (el actual art. 104 LH), «opuesto á la esencia del derecho real de hipoteca» –decía Burón–, pues tras la LH-1861, la acción hipotecaria no es ya acción mixta, sino genuina acción real. También consideran que la excusión es contraria a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca, a su fuerza ejecutiva directa y a la libre elección de acciones del acreedor hipotecario, CARPI (p. 82, nota 109, p. 158, nota 240, y pp. 161-164), desmostrando según ella que entre hipoteca y fianza no hay una simple diferencia de medida; incluso así opinan algunos de los partidarios del «fiador real», como CORDERO (p. 250); la propia BELUCHE (p. 14); CAMY (pp. 410 y 411); o CARRASCO PERERA (y otros, pp. 217 y 481). A continuación veremos cómo algunos de ellos (vgr., CARPI, BELUCHE,...) intentan defender la validez del pacto de excusión aun siendo éste contrario a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca. En nuestra jurisprudencia, la STS de 14 de diciembre de 1874 negó la aplicación de la ley 9, tít. 12, p. 5.ª, sobre excusión del fiador, pues se trataba de un peño inmobiliario. Recientemente, fundándose también en la diversidad de naturaleza jurídica entre la fianza y la hipoteca por deuda ajena, dijo la STS de 6 de octubre de 1995 que «*el dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable erga omnes*». Así también, en Bélgica, DE PAGE (t. 7, p. 656); en Italia, CHIRONI (I, pp. 3, 64 ss., y II, p. 527); GORLA (1935, pp. 100 y 101), *ex* artículo 1879 *Codice*-1865; PALUMBO (p. 3); MOSCHELLA (pp. 175, 199 y 200).

«... la comisión no ha admitido los beneficios de orden –sic– y escusión en las deudas garantidas con hipoteca, porque... no puede satisfacer al que, por medio de la constitución de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito. Envolverlo en procedimientos que den por resultado la insolvencia del deudor, obligarlo á que se hagan antes escusión y pago con los bienes no hipotecados que en los que han sido especial objeto de la hipoteca, no se aviene bien con la índole del crédito real y destruye su principal ventaja, que es la seguridad de un próximo reintegro al vencimiento de la obligación.»

Bien es verdad que en el actual artículo 129.I LH ha desaparecido aquel inciso final que proclamaba la imperatividad de las normas reguladoras del juicio ejecutivo hipotecario («sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes», decía). Pero tal supresión nada ha cambiado. En general, a salvo excepciones expresas (como la del art. 592.1 LEC, ya vista), las normas procesales son imperativas de suyo por regular materia de Orden Público; y, en particular, lo son las normas que en concreto regulan el juicio ejecutivo hipotecario, como lo prueban sus taxativas causas de oposición y de suspensión (arts. 695 a 698 LEC –antes, el art. 132 LH–), o las del extrajudicial [art. 236, letras ñ) y o)], RH²⁵⁷. Por supuesto, ni siquiera entramos en las excepciones oponibles en los demás juicios, pues ya éstos siempre se tramitarán sólo contra el deudor (por ejercitarse la acción personal, o por la real siendo el deudor hipotecante y poseedor del bien hipotecado)²⁵⁸. Viene esto último a propósito, porque también en este punto, más adjetivo que sustantivo, surge otro obstáculo insuperable para admitir la excusión negociada a favor del tercero hipotecante. De admitirla y aceptando conforme a la opinión común que el de excusión es excepción dilatoria a oponer *in limine litis* (antes de la contestación a la demanda o, más acorde a nuestras normas procesales, en la misma contestación a la demanda, no ya después)²⁵⁹, o incluso admitiendo, con la minoría, que es excepción

²⁵⁷ Imperatividad y taxatividad de causas oponibles que obedecen, en general, a razones de orden público, y en particular sobre los procesos ejecutivos hipotecarios, a la sumariedad y celeridad de los mismos habida cuenta, precisamente, de la necesidad de dar expresión procesal a una carga real, cual es la hipoteca, en garantía del crédito territorial. Ésta ha sido siempre la opinión común (*vid.*, vgr. MORELL y TERRY, IV, pp. 90 ss.; ROCA SASTRE, IV-2.º, p. 1095; y, entre los contemporáneos, MORENO CATENA, pp. 18, 90 ss., 100 ss., 245 ss.; LÓPEZ LIZ, pp. 246 ss. y 251; MARTÍN DIZ, pp. 359 ss. y 596 ss., entre muchísimos otros).

²⁵⁸ Por eso, no parece llevar razón CARPI (*cit.*), cuando dice que la excusión pactada a favor del hipotecante no deudor sólo puede ser opuesta en los procedimientos ordinarios, no en los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria.

²⁵⁹ Siendo posición mayoritaria, permítasenos aquí en nota sólo citar a los autores más significativos que así lo explican. Uno de ellos, fuente inspiradora de muchos Códigos, como el nuestro, también en este punto (como dicen LAURENT, t. 28, pp. 221 ss., y

perentoria, a oponer prácticamente en cualquier momento del pleito²⁶⁰, ¿cuándo operaría la excusión pactada del hipotecante no deudor en el ejecutivo judicial hipotecario o en el extrajudicial? ¡En ningún momento! Porque tal causa de suspensión de la ejecución no es contemplada en ninguna de las taxativas causas de suspensión que las normas sobre tales juicios contemplan (recuérdense los arts. antes citados de la LEC y del RH). A lo más, aquella excusión pactada sólo podría ser causa de oposición a ventilar en juicio separado, sin que en ningún caso se paralice la ejecución hipotecaria ya iniciada (cfr., art. 698 LEC). ¿Qué utilidad, entonces, tendría aquel pacto? Para dársela efectivamente habría de ser un pacto de excusión que obligara a suspender dichas ejecuciones, pero de admitirse tal fuerza paralizante, de nuevo estaríamos ante un pacto nulo por ser *contra legem*, contrario a las normas procesales, imperativas y de Orden Público (cfr., art. 6.2 CC)²⁶¹.

TROPLONG, t. 17, pp. 234 ss.), que puso así fin a un debate existente antes del *Code* (que explica TROPLONG, cit.), fue POTHIER (IX, p. 464; y II, p. 221). Ya en el debate parlamentario del CC francés, acerca de su artículo 2022, TREILHARD (en FENET, pp. 40 y 41), dijo que el beneficio de discusión se debía ejercitar al principio, por ser una excepción de fondo. Y así, aunque con más detalle, CHABOT (en p. 53, FENET). Entre los nuestros, GREGORIO LÓPEZ, en su Glosa 4.^a a la Ley 8, Tít. 12, P. 5.^a (siguiéndole, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, IV, p. 75; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, p. 59; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, p. 374). En particular, frente a la opinión de Vinio, que comentando el Digesto estimaba el beneficio de excusión como excepción perentoria y ejercitable, por tanto, después de contestada la demanda, GARCÍA GOYENA (IV, p. 151), comentando el artículo 1745.I Proyecto CC-1851 (que, con ciertos cambios en este punto irrelevantes, será el artículo 1832 CC), decía: «Siendo el beneficio una excepción dilatoria, debe ser opuesta como todas las de esta especie *a limine litis* y antes de la contestación de la demanda». Así también se entiende, algo más suavemente, en la común doctrina y en la jurisprudencia, en cuya virtud, al no estar la excusión entre las excepciones dilatorias mencionadas en los artículos 532 ss. LEC-1881, *ex* artículo 542 LEC-1881, aquella debía de oponerse en la misma demanda (art. 524 LEC-1881), en la contestación a la demanda (art. 540), o en los escritos de réplica y dúplica (art. 548 LEC-1881). Así, entre otras, según las SSTs de 22 de enero de 1971, 7 de abril de 1975, o de 3 de octubre de 1985.

²⁶⁰ Entre los nuestros, MANRESA (XII, p. 255), siguiéndole, VALVERDE (p. 617); CAS-TÁN (anotado por FERRANDIS VILELLA, p. 785, nota 4); GUILARTE ZAPATERO (p. 130), para quien la excusión, aunque suspende o paraliza, no se exceptiona, sino que se opone. En una posición intermedia, en Italia, BORSARI (p. 322); y luego MESSINEO (p. 243), aun estimando a la excusión como excepción dilatoria, creen que puede oponerse en cualquier momento del pleito, aun después de contestada la demanda, pero siempre antes de la ejecución (como así, según Borsari, venía haciéndose en la práctica forense), pues no entenderlo así sería obligar al fiador a actuar prematuramente (dadas las condiciones exigidas, en nuestro Derecho por el art. 1832 CC). En otra posición intermedia, CARRASCO PERERA (y otros, p. 217), cree que la excusión no es excepción dilatoria, ni perentoria, sino orden de ejecución patrimonial, similar al orden de embargos del artículo 592 LEC. Parece con ello olvidarse de que la excusión no opera automáticamente ni por iniciativa propia del juez.

²⁶¹ Casi todo cuanto acabamos de decir se dijo ya en la discusión de la LH-1909 ante el Senado, donde *in recto* se planteó la cuestión del beneficio de excusión, no ya a favor del tercer poseedor, sino en la del hipotecante por deuda ajena. Dicha discusión puede verse íntegramente reproducida en las LLHH de España, II-1.^o, pp. 414-418, 458 y 459, que aquí resumimos: Al hilo del previo requerimiento de pago al deudor que exigía dicha ley al introducir para toda España el procedimiento judicial sumario, el Sr. Blanco Rajoy, tras

Otra traba procedimental, menor desde luego, mas no por ello trivial, para admitir la excusión pactada en beneficio del hipotecante no deudor, sería el de la irresoluble colisión de dicha excusión con la del fiador para cuando en garantía de una misma deuda haya hipoteca dada por tercero y fianza²⁶². No entran en esta cuestión la mayoría de los partidarios del «fiador real» que defienden el pacto de excusión a su favor. Probablemente —es mera conjetura nuestra—, resolverían el conflicto dando preferencia a la excusión del fiador, porque mientras que la de éste es legal y, por tanto, eficaz *erga omnes* por el propio vigor que le da la ley, la excusión del tercero hipotecante es pactada y, por ende, obligacional o de eficacia *inter partes*²⁶³.

recordar la accesoriedad o subsidiariedad —dice él— y la inherencia real de toda hipoteca, consideraba que el hipotecante no deudor es un fiador, que se obliga subsidiariamente al pago, salvo que convenga obligarse solidariamente, preguntándose, entonces: «... ¿cuándo, en qué tiempo, en qué forma, en qué período de ese expediente sumario va el hipotecante á hacer uso del beneficio de excusión?». A ello respondió el Sr. Lastres diciendo que si bien antiguamente tal beneficio existía como consecuencia de la subsidiariedad (refiriéndose, claro es, a la excusión del fiador, pues el tercero hipotecante jamás la tuvo), hoy, añade, con el procedimiento judicial sumario no cabe oponer la excusión al ser la acción hipotecaria una acción real, que se dirige directamente contra los bienes hipotecados, exponiéndose a ello, por saberlo, el hipotecante no deudor al dar un bien propio como garantía real. A ello replicaría el Sr. Blanco Rajoy diciendo, por un lado, que la acción hipotecaria es mixta, que la excusión ¡se funda en el artículo 1857 CC!, y, por otro, planteando qué sucedería si en la escritura pública de hipoteca se pactara tal beneficio de excusión. Algo generoso se mostró en su contestación el Sr. Lastres al decir «que puede establecerse la obligación hipotecaria como subsidiaria de una obligación principal, claro está que esto es lícito, pero esa no es la acción hipotecaria que vamos á amparar aquí, eso daría lugar á un procedimiento ordinario, que exigiría la excusión, que no sería culpa del pacto establecido, pero eso no es verdadera acción hipotecaria —dice con toda razón—, que prescinde del derecho de la excusión, y va contra la garantía, por eso está calificada como esencialmente real.(...) Esto se determina cada día más, y ¡ojalá se determine en España como está en la mayor parte de los países, principalmente en Alemania, en donde se prescinde de las personas y se va contra las cosas sin preocuparse de quién sea el deudor; se va contra el elemento, tal como se realiza la prenda, contra la garantía de una manera rapidísima en nuestro derecho!». Y no se olvide que ya entonces, en lo que será la LH-1909, los trámites del procedimiento sumario eran claramente imperativos, inalterables convencionalmente, y que la excusión no venía comprendida en las taxativas causas de oposición y de suspensión (prácticamente las de hoy) a la ejecución hipotecaria. Más contundente se mostró el Sr. Álvarez Guijano, quien retomando la cuestión días más tarde, criticará las elucubraciones del Sr. Blanco Rajoy diciéndole que la acción hipotecaria era ya, sobre todo desde la LH-1861, una acción real, no mixta, que el procedimiento judicial sumario lo único que hacía era trasladar al procedimiento los artículos 1858, 1876 y 1879 CC, que le leyó, y que en tales normas se veía que lo que importa es la hipoteca, sea dada por el propio deudor o por un tercero. De ahí, concluía, que todas las normas del Anteproyecto de LH-1909 estuviesen directamente dirigidas a la venta en subasta judicial del bien hipotecado.

²⁶² Imposible, por nuestro actual vacío legal, sería acudir a la preferencia de la excusión hipotecaria que antaño recogían, para sólo referirla a la excusión del tercer poseedor, algunas de nuestras normas forales y que hoy recogen los artículos 2023 y 2170 CC francés, como hacía, por ser su antecedente a medias, el artículo 1745.II Proyecto CC-1851 (recuérdese el anterior epígrafe VI.2). Tampoco son aplicables, por igual silencio de nuestro Derecho, los artículos 639 CC portugués y 2871 *Codice* vigentes (recuérdese, sobre la colisión de subrogaciones, el epígrafe V.2).

²⁶³ Hacemos esta conjetura sin desconocer que, de modo muy sorprendente, para nuestro Derecho CARRASCO PERERA (y otros, pp. 677-680), aplica lo dispuesto en los artículos 2023 y 2170 CC francés, no ya sólo en beneficio del tercer poseedor, sino también

¿Y si hay varias hipotecas dadas por varios terceros en garantía de una misma deuda y todas ellas gozan de la excusión pactada? Probablemente, dirían los partidarios del «fiador real» con excusión pactada que aun siendo obligacionales tales pactos, al estar obligado por todos éstos el acreedor, éste terminaría agrediendo en primer lugar el patrimonio del deudor. No nos parece que así sea.

Para esta negación arribamos, por fin, al último pretendido apoyo legal a favor de la excusión convencional del hipotecante no deudor: el artículo 2868 *Codice* vigente, que dice: «*Chi ha costituito un'ipoteca a garanzia del debito altrui non può invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore, se il beneficio non è stato convenuto*». Responde, por lo visto, tal norma a lo que ya algunos italianos, partidarios del «fiador real», defendían antes, aunque advirtiendo, como también hace ahora la doctrina italiana al amparo de aquella norma, que tal pacto es obligacional, sólo eficaz entre el acreedor hipotecario y el tercero hipotecante, las partes del acuerdo²⁶⁴. Y así, sin más, lo entienden también nuestros partidarios del «fiador real» y de la excusión pactada²⁶⁵, cuando, como ya quedó advertido desde el epígrafe I, en esta cuestión es muchas veces arma de doble filo el dato de Derecho comparado: bien es verdad que el actual Código italiano prevé la posibilidad de conceder por pacto la excusión al tercero hipotecante, significando para algunos tal concesión que dicho sujeto es análogo al fiador (para cuya excusión también se requiere ya de pacto *ex art. 1944.2 Codice-1942*)²⁶⁶; pero también podría decirse²⁶⁷ que dicha concesión obedece, por el contrario, a la falta de analogía, habiendo sido necesaria tal concesión expresa por el legislador. En cualquier caso, no parece que dicha norma italiana sirva sin más de apoyo para nuestro Derecho, donde claramente, y nadie lo niega, no hay norma parecida alguna. Y no se diga por tal silencio que el pacto de excusión ha de admitirse pues si bien no hay norma que lo admita, tampoco la hay que lo prohíba²⁶⁸. Ahí están aquellas normas arriba citadas que lo impiden por imponer la libertad de acción a favor del acreedor hipotecario y por vigorizar la hipoteca una vez ejercitada

en el del hipotecante no deudor, ambos frente al fiador; todo ello, dice, a salvo que el acreedor acordase que también respecto de tales bienes hipotecados el fiador es también subsidiario. Ésta es la solución que propone, pero no aporta ninguna argumentación.

²⁶⁴ Y así lo advierten, RUBINO (pp. 258-260); BARBIERI (pp. 46 y 47); MAIORCA (p. 104); BOERO (pp. 674 y 675), entre otros.

²⁶⁵ BELUCHE (cit.); CARPI (cit.), quien además (pp. 151 ss.) se apoya en el artículo 592 LEC, cuando, como hemos dicho ya, tal norma no tiene aplicación al problema que venimos tratando.

²⁶⁶ Así lo piensan GORLA (1985, p. 393); y BARBIERI (pp. 30 y 31).

²⁶⁷ Como dice CICERO (p. 435).

²⁶⁸ Así lo razona CARPI (cit.).

la acción hipotecaria, a favor del crédito hipotecario en general. Tal imperatividad es un obstáculo insuperable que hace nulo cualquier pacto de excusión, que al ser excepcional sólo podría ser conferida por la ley. Pero precisamente, aunque de forma inconsciente, se intenta salvar tal escollo diciendo que el pacto sería sólo obligacional. ¿Por qué? Para algunos²⁶⁹, porque así lo es, en efecto, en Derecho italiano. De nuevo es maltraído el dato comparado. Con ese mero trasplante de la norma italiana a nuestro Derecho se olvida que en Italia, por incidencia doctrinal de los sistemas alemán y portugués, rige en materia de derechos reales el principio de *numerus clausus*, y que sólo se permite cierta «atipicidad» en el contenido de los derechos reales típicos cuando lo permite expresamente la Ley (como sucede, precisamente, con el art. 2868), siendo tal singularidad sólo válida entre las partes, pero ineficaz frente a terceros²⁷⁰. He ahí la razón de que el pacto de excusión permitido en el Derecho italiano sea obligacional. Pero nada de esto puede aplicarse a nuestro Derecho, donde por el contrario, al margen de debates hoy ya superados, rige el sistema de *numerus apertus* (ex arts. 2.2 LH y 7 RH, sobre todo). Y, precisamente, de admitirse el pacto de excusión para la hipoteca, habría de conferírsele trascendencia real, inscribibilidad, y, por ende, eficacia *erga omnes*. Los partidarios de tal pacto niegan tales trascendencia y eficacia²⁷¹, alegando que dicho pacto es contrario a la esencia del 104 LH²⁷². Tal razonamiento nos abocaría de nuevo a la nulidad del pacto por ilegal y contrario a la naturaleza jurídico-real de la hipoteca. Pero, incluso admitiéndolo, y pasando por alto la invalidez del pacto, éste, de ser válido, afectaría, modificándolo, al contenido de la hipoteca, al ejercicio del *ius distrahendi*, al de la acción hipotecaria, siendo por ello innegable su trascendencia real, ... ex artículos 7 y 51.6.º RH; incluso podría acceder al Registro tal pacto si estimamos que la excusión convenida contiene una condición suspensiva de la fase ejecutiva de la hipoteca (cfr., arts. 9.2.º LH y 51.6.º RH). Pero dicha supuesta eficacia frente a terceros llevaría de nuevo, aunque por otro camino, a la nulidad misma del pacto, en este caso

²⁶⁹ BELUCHE (cit.); y CARPI (cit.).

²⁷⁰ Vid., por todos, NATUCCI, A., *La tipicità dei diritti reali*, Padua, 1988, pp. 167-179 y 199, sobre todo; BELFIORE, A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milán, 1979, pp. 574 ss.; y, discrepando con los anteriores en cuanto al fundamento del *numerus clausus*, BURDESE, A., «Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali», en *RDCiv.*, 1983-II, pp. 236-238, sobre todo. Como advierte GORDILLO CAÑAS (en *ADC*, 1998, pp. 449 y 450), tal doctrina se construye desde el § 137 BGB y el artículo 1306.1.º CC portugués.

²⁷¹ A salvo AZPITARTE CAMY (cit.), aunque sin alegar razón y sin ahondar en tal afirmación.

²⁷² Así, CARPI (cit.).

por ser de nuevo contrario a la esencia de la hipoteca (arts. 1858 y 1876 CC y 104 LH) y, por tanto, al Orden Público; por supuesto, no sería contrario, sino favorable, al tráfico inmobiliario, pues innegablemente tal pacto beneficiaría al tercer poseedor. Sería contrario al crédito territorial²⁷³, otro de los pilares de nuestro sistema inmobiliario, pues iría en detrimento de la disponibilidad de la hipoteca por su acreedor: ¿cómo dicho acreedor va a subhipotecar, a ceder su crédito hipotecario o a constituir títulos hipotecarios si el posible cesionario sabe que en caso de impago va a tener antes que ejecutar el patrimonio del deudor, con todos los riesgos que ello implica, y que, precisamente, la hipoteca por su naturaleza elude? No hay más solución que afirmar la nulidad de tal pacto (cfr., de nuevo, el art. 6, en sus aps. 2 y 3, CC, o incluso en el ap. 3 si el pacto se hace con la cobertura del art. 1830 CC).

Y para terminar, el dato más evidente, aunque más económico que estrictamente jurídico. Conocido el mundo neoliberal en que vivimos, y sabiendo que los acreedores hipotecarios por excelencia en la realidad de nuestros tiempos son las Entidades de Crédito, ¿qué acreedor hipotecario, qué Banco va a pactar la excusión a favor del hipotecante no deudor, cuando, muy al contrario, muchas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios son de dudosa validez y eficacia por abusar del prestatario hipotecante?

No hay, pues, ninguna razón para conceder la excusión, por vía analógica o convencional, al hipotecante no deudor, como tampoco la hay, según todo lo visto hasta aquí, para aplicar ninguna otra de las normas de la fianza al tercero hipotecante. Es de desear, al menos en esta ocasión, que nuestra jurisprudencia mantenga su posición contraria a tal aplicación y que desoiga a la doctrina más reciente que defiende injustificadamente lo contrario. Porque, sencillamente, no hay analogía entre hipoteca y fianza, ni vacío legal ninguno que colmar.

²⁷³ Ya, amén de las razones arriba vistas, los MAZEAUD (II, pp. 158 y 159), critican el artículo 2170 CC francés (sobre el beneficio de excusión del tercer poseedor), por ser contrario al acreedor, al crédito inmobiliario. Aunque invirtiendo el caso, antes del CC francés, cuando la mayoría del Derecho consuetudinario francés concedía el beneficio de excusión al tercer poseedor, decía POTHIER (IX, pp. 445 y 446), que en la práctica eran muy habituales los pactos de exclusión de tal beneficio, pero advertía seguidamente Pothier que tales pactos no afectaban al tercer poseedor, que no había sido parte en los mismos, porque le perjudicaban y eran contrarios a lo impuesto por el Derecho.