

Id Cendoj: 28079110012009100060
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 3128/2002
 Nº de Resolución: 18/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x HIPOTECANTE NO DEUDOR x
- x HIPOTECA x
- x SUBROGACIÓN LEGAL x
- x ACCIÓN DE REGRESO DE PAGO INDEBIDO x
- x FIADOR x

Resumen:

Hipoteca: El hipotecante no deudor que paga, voluntariamente o por ejecución forzosa de la finca hipotecada, tiene derecho a subrogarse en la posición del acreedor contra los fiadores solidarios del crédito, ya que del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda; lo que importa radica en "si tiene interés en el cumplimiento", que es la exigencia expresada en el precepto. El art. 1.210 CC recoge casos de subrogación legal, no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor; el que se subroga (solvens) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio. Derecho de regreso, y oponibilidad al acreedor de la facultad regulada en el art. 1.852 CC al haber sido liberados por éste los fiadores solidarios: No es aplicable dicho precepto a supuestos como el presente ya que supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca que no está prevista por el ordenamiento jurídico, por lo que se afecta sustancialmente a su régimen jurídico; presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad -tradicionalmente se le denomina excepción de cesión de acciones-, que no la hacen extendible por analogía a otras figuras de garantía. La función común de garantía no supone identidad de razón suficiente para determinar la aplicación del art. 1.852 CC.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario Declarativo de Mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Diecisiete de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad JOSEFA VALCARCEL 42, S.A., representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco; como parte recurrida la entidad CINTRA APARCAMIENTOS, S.A., representada por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, la entidad BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representada por el Procurador D. Emilio García Guillén, la entidad OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Morales Price, posteriormente sustituido por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, y la entidad RHEINHYP REINISCH HYPOTHEKENBANK BANK AG, representada por la Procurador Dª. María José Arranz de Diego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la entidad Josefa Valcarcel 42, S.A., interpuso demanda de Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia Número 17 de Madrid, siendo parte demandada las entidades "Estacionamientos

Subterráneos, S.A." (ESSA), "Banco Central Hispano Americano, S.A.", "Rheinhyp Reinische Hypothekenbank AG" y "Huarte, S.A.", alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1.- Se condene al Banco Central Hispanoamericano S.A. y a Rheinhyp Reinische Hypothekenbank A.G., al pago de los daños y perjuicios causados a Josefa Valcarcel 42, S.A., como consecuencia de la ejecución hipotecaria tramitada a sus instancias ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de los de Madrid, Autos nº 405/96 , durante cuyo transcurso concurrió causa de extinción de la garantía hipotecaria, por liberación de los avalistas del deudor principal. Dichos daños se cifran en 4.536 millones de pesetas, por ser éste el valor del edificio subastado, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. 2.- Con carácter subsidiario de la anterior petición, se condene los avalistas Estacionamientos Subterráneos, S.A., Huarte, S.A., y Banco Central Hispanoamericano, S.A. al pago a J. Valcarcel, S.A. de la cantidad de 2.855 millones de pesetas, por ser esta la cantidad pagada por la demandante en su condición de hipotecante ajeno a la deuda, más los intereses legales de la interposición de la demanda. 3.- Todo lo anterior con expresa imposición a los demandados de las costas del juicio."

2.- El Procurador D. Roberto Sastre Moyano, en nombre y representación de la entidad "Estacionamientos Subterráneos, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que -acogiéndose la excepción propuesta en el presente escrito- declare no haber lugar a la demanda respecto de mi representada ESSA o en su defecto -entrando en el fondo del asunto- desestime por completo la demanda formulada contra mi representada ESSA, con expresa imposición en ambos casos de las costas causadas solidariamente a Josefa Valcárcel 42, S.A., sociedad unipersonal, y a Huarte, S.A."

3.- El Procurador D. Emilio García Guillén, en nombre y representación de la entidad Banco Central Hispanoamericano, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "desestimando íntegramente dicha demanda, con expresa imposición de las costas a la actora, por ser preceptivo y por su notoria temeridad y mala fe."

4.- El Procurador D. Eduardo Morales Price, en nombre y representación de la entidad Huarte, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se absuelva a HUARTE, S.A. de los pedimentos de la demanda y declare que HUARTE S.A., no se responsable por causa de los acuerdos a los que llegaron entre sí el resto de las codemandadas, o, alternativamente, que la demanda se encuentra sometida al convenio de la suspensión de pagos y con ello acrece correlativamente la responsabilidad del resto de las codemandadas, con expresa imposición de las costas a la demandante, o aquella codemandada que sea declarada responsable."

5.- El Procurador D^a. M^a. José Arranz de Diego, en nombre y representación de la entidad Rheinyp Rheinische Hypothekenbank AG, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que desestime las pretensiones de la demandante respecto de mi representada, declarando la improcedencia de cualquier indemnización, todo ello con expresa imposición de costas a la demandante."

6.- Evacuados los respectivos trámites de réplica y dúplica, se recibió el pleito a prueba, practicándose la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las partes evacuaron el trámite de conclusiones. El Juez de Primera Instancia Número Diecisiete de Madrid, dictó Sentencia con fecha 10 de noviembre de 2.000 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Juanas Blanco, en nombre y representación de Josefa Valcarcel 42, S.A., frente a Rheinyp Reinische Hypothekenbank AG, representado por la Procuradora Sra. Arranz de Diego, Banco Central Hispanoamericano S.A. (hoy Banco Santander Central Hispano, S.A.) representado por el Procurador Sr. García Guillén, Estacionamientos Subterráneos S.A. (hoy Cintra Aparcamientos, S.A.) representada por el procurador Sr. Sastre Moyano y Huarte, S.A. (hoy Obrascón Huarte Lain S.A.) representada por el Procurador Sr. Morales Price, debo absolver y absuelvo a todos los demandados de las peticiones de condena formuladas contra ellos en la demanda, tanto en la petición principal como en la subsidiaria y todo, con imposición a la actora y a Huarte, S.A. (hoy Obrascón Huarte Lain, S.A.) con carácter solidario de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad Josefa Valcarcel 42, S.A., al que se adhirió posteriormente la representación de la entidad Huarte, S.A., la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, dictó Sentencia con fecha 20 de septiembre de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos DESESTIMAR Y

DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de Josefa Valcarcel 42, S.A., y debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS la adhesión interpuesta por HUARTE S.A. contra la Sentencia dictada el 10 de noviembre de 2.000, el Juicio Declarativo de Mayor Cuantía 708/97 , seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, cuya resolución se REVOCA en el particular concreto de no condenar en costas de forma solidaria a Huarte S.A. imponiendo las costas de primera instancia a la entidad actora Josefa Valcarcel 42, S.A. cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas; las costas del recurso a la entidad apelante y sin costas de la adhesión."

TERCERO.- Por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la entidad Josefa Valcarcel 42, S.A., interpuso recurso de casación respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, de fecha 20 de septiembre de 2.002, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del *art. 477.1 de la LEC 1/2000* , se alega infracción por inaplicación del *art. 1.210, nº 3, del Código Civil* y *art. 1.212 del mismo Cuerpo Legal*. SEGUNDO .- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación del *art. 1.852* , en relación con el *art. 4.1 del Código Civil* .

CUARTO.- Por Providencia de fecha 26 de noviembre de 2.002, se tuvo por interpuesto recurso de casación, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo, comparecieron como parte recurrente la entidad Josefa Valcarcel 42, S.A., representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco; como parte recurrida la entidad Cintra Aparcamientos, S.A., representada por el Procurador D. Roberto Sastre Moyano, la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., representada por el Procurador D. Emilio García Guillén, la entidad Obrascon Huarte Lain, S.A., representada por el Procurador D. Eduardo Morales Price, posteriormente sustituido por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, y la entidad Rheinyp Reinisch Hypotheken Bank AG, representada por la Procurador D^a. María José Arranz de Diego.

SEXTO.- Con fecha 28 de noviembre de 2.006, se dictó Auto por esta Sala por el que se admitió el recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en representación de la entidad Josefa Valcarcel 42, S.A., respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a, de fecha 20 de septiembre de 2.002.

SEPTIMO.- Dado traslado a la parte recurrida, se presentó por los Procuradores D. Roberto Sastre Moyano, en representación de Cintra Aparcamientos S.A., D^a. María José Arranz de Diego, en representación de Rheinyp Rheinische Hypotheken Bank AG, D. Emilio García Guillén, en representación del Banco Santander Central Hispano, S.A., escritos de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso de casación versa fundamentalmente sobre dos cuestiones: si el hipotecante no deudor que paga, voluntariamente o por ejecución forzosa de la finca hipotecada, tiene derecho a subrogarse en la posición del acreedor contra los fiadores solidarios del crédito, y en que medida operaría el derecho de regreso, y si dicho hipotecante no deudor, caso de que se admita la subrogación, puede oponer al acreedor la facultad regulada en el *art. 1.852 CC* frente al acreedor, al haber sido liberados por éste los fiadores solidarios.

Por la entidad mercantil Josefa Valcárcel 42, S.A. se dedujo demanda contra Estacionamientos Subterráneos S.A. (en la actualidad Cintra Aparcamientos, S.A.), Banco Central Hispanoamericano, S.A. (actualmente Banco Santander Central Hispano, S.A.), Huarte, S.A. (actualmente Obrascón Huarte Lain, S.A.) y Rheinyp Rheinische Hypotheken Bank AG (en la actualidad Eurohypo AG) en la que formula dos peticiones: 1. Se condene al Banco Central Hispanoamericano, S.A. y a Rheinyp Reinische Hypothekenbank AG, al pago de los daños y perjuicios causados a la actora, como consecuencia de la ejecución hipotecaria tramitada a su instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de los de Madrid, autos nº 405/96 , durante cuyo transcurso concurrió causa de extinción de la garantía hipotecaria, por liberación de los avalistas del deudor principal, cifrándose los daños en la suma de 4.536 millones de pesetas, por ser éste el valor del edificio subastado, más los intereses legales desde la interposición de la demanda; y, 2. Con carácter subsidiario de la anterior petición, se condene a los avalistas Estacionamientos

Subterráneos S.A., Huarte, S.A. y Banco Central Hispanoamericano S.A. al pago a la actora de la cantidad de 2.855 millones de pesetas, por ser ésta la cantidad pagada por la demandante en su condición de hipotecante ajeno a los avalistas mencionados.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Madrid, en los autos de juicio de mayor cuantía núm. 708/97, desestimó la demanda, tanto respecto de la petición principal como de la subsidiaria, con imposición a la actora y a Huarte, S.A. (hoy Obrascón Huarte Lain, S.A.) con carácter solidario de las costas procesales causadas.

La Sentencia dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 20 de septiembre de 2.002, en el Rollo núm. 11 de 2.001, desestima el recurso de la entidad mercantil Josefa Valcárcel 42, S.A. y estima la adhesión interpuesta por Huarte, S.A. dejando sin efecto la condena solidaria de esta entidad al pago de las costas procesales de la primera instancia.

Esta resolución establece en el fundamento segundo los siguientes antecedentes previos que estima relevantes para resolver las cuestiones planteadas:

1º.- Por documento privado de 18-4-94 el Banco Rheinhyp Reinische Hypothekenbank (Rheinhyp) concedió a Hasa, S.A. un préstamo con garantía hipotecaria por la suma de 3.000.000.000 pesetas en el que se pactaba la constitución de hipoteca sobre la finca de la actora situada en la calle Josefa de Valcarcel nº 42 de Madrid donde existía un edificio (planta sótano, nueve sobre rasante y una planta de casetones, según contrato).

2º.- Hubo igualmente otorgamiento de avales por parte de Huarte, S.A. y Estacionamientos Subterráneos, S.A. que cubrieron la totalidad de la operación. Se constituyeron mediante documentos independientes en fecha 18-4-94 en "garantes solidarios" de todas las obligaciones contraídas en el indicado contrato de préstamo "sin perjuicio de cualquier otra garantía" y "sin perjuicio de la hipoteca que se constituirá por la Sociedad Josefa Valcarcel 42, S.A. y de la obligación personal e ilimitada de la parte prestataria (Hasa, S.A.)".

3º.- La escritura de préstamo con garantía hipotecaria es de 27-4-94, tasándose la finca a efectos de ejecución en 4.536 millones de pesetas.

4º.- Por escritura de igual fecha (27-4-94) el entonces Central Hispano Hipotecario, S.A. (posteriormente Banco Central Hispanoamericano, S.A.) y el Banco Rheinhyp suscribieron un acuerdo por el que el Central Hispano garantizaba a Rheinhyp un importe de hasta 1.000 millones de pesetas de principal ante un posible impago de Hasa S.A. del indicado préstamo con la garantía hipotecaria ya referida. (Como contraprestación a su garantía recibía una comisión de apertura de diez millones de pesetas y se establecían además unas comisiones trimestrales del 0,25% sobre saldo vivo...).

Y si dicho hecho ocurría de tal manera que el entonces Banco Central Hispanoamericano tuviese que desembolsar la parte proporcional de la deuda, el Banco Rheinhyp le cedería el préstamo hipotecario garantizado en la proporción del 33,333 % (siendo esta cesión una garantía a la operación realizada) "Escritura de convenio de aseguramiento de riesgo financiero".

5º.- Hasa S.A. impagó las obligaciones asumidas y el Banco Rheinhyp declaró resuelto el préstamo (el 5 de julio de 1996 declara el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento del calendario de pagos pactado), requiriendo de pago al deudor (Hasa S.A.) hipotecantes y avalistas (Huarte, S.A. y Estacionamientos Subterráneos, S.A.) por la suma de 3.000 millones de principal más intereses, e intereses de demora. Cantidad que desde ese día hasta su pago devenga intereses de demora al 18,40% anual.

6º.- Igualmente, y conforme a lo estipulado en la "escritura de convenio de aseguramiento de riesgo financiero" entre el Banco Central Hispanoamericano y el Banco Rheinhyp, el Central Hispano abonó a Rheinhyp la cantidad estipulada, cediendo Rheinhyp al Central Hispano parcialmente (en un 33,333 %) su posición contractual en el préstamo.

7º.- Iniciado [se inició] el procedimiento sumario hipotecario (*artículo 131 LH*) a instancia de los Bancos Rheinhyp y Central Hispano en septiembre de 1996 respecto de la finca hipotecada, siendo el objeto de pago los 3.000.000.000 de ptas. del indicado préstamo (Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid -Autos 405/1996); siendo adjudicada la finca a un tercero el 30 de mayo de 1997 por la suma de 2.855.000.000 ptas. practicándose posteriormente por los Bancos la liquidación del préstamo.

8º.- El 20 de febrero de 1997 los citados Bancos que instan el procedimiento hipotecario y uno de los

avalistas del préstamo (Estacionamientos Subterráneos, S.A.) firman un acuerdo por el que se constituye un depósito en garantía del cumplimiento de las obligaciones que para Estacionamientos Subterráneos resultan del aval prestado, por importe total de 836.670.000 ptas, quedando los Bancos autorizados a ejecutar, teniendo el valor de pago de las obligaciones garantizados en el aval, quedando limitada frente a ellos su responsabilidad al importe depositado; ya que se sustituye el aval por un depósito en efectivo; procediendo los indicados bancos y ESSA mediante escritura de 11-7-97 a formalizar la íntegra aplicación del depósito constituido y sus intereses (21.489.811 ptas.), al pago de las obligaciones asumidas, devolviendo RheinhyP los avales de Huarte, S.A. y ESSA.

Igualmente, y como contraprestación a la ejecución del depósito en garantía, BCH y RHEINHYP se comprometen a no reclamar al cofiador Huarte, S.A. cantidad adicional alguna derivada del préstamo garantizado por el aval.

La resolución expresada entiende que la entidad demandante carece de acción para reclamar el pago de la cantidad por ella satisfecha ante el impago de Hasa, S.A. a otros garantes, fiadores de ésta, ya que garantizó una obligación que resultó incumplida y por eso respondió, única y exclusivamente con el objeto hipotecado, y es precisamente por su condición de hipotecante no deudor por lo que no ha respondido de más, ya que no asumió la garantía en régimen de solidaridad como manifiesta su letrado en el acto de la vista, sino que fue una garantía hipotecaria (con las particularidades ya expuestas) al margen e independiente de que el préstamo tuviera otras garantías; pues es independiente de los avales realizados y precisamente por ello, pasó definitivamente un bien de su propiedad y nunca realizó un pago, sino que se le ejecutó ante el impago de tercero aquello que ya puso a su disposición y quedó gravado en el momento de constituirse la hipoteca.

En perspectiva de "ratio decidendi", las, en principio, dos cuestiones fundamentales del pleito se resuelven de la siguiente manera: a) No es posible conceder al hoy recurrente [la entidad actora Josefa Valcarcel 42, S.A.] un derecho de subrogación para dirigirse contra los otros garantes, ya que de acuerdo con el *art. 1.209 CC, la subrogación de un tercero* en los derechos del acreedor no se presume, salvo en los casos señalados en el *Código, no encontrándose el presente al ser Josefa Valcárcel 42*, S.A. un obligado al pago [...] por lo que no ha podido en forma alguna subrogarse en los derechos del Banco; no estando tampoco asistida de derecho para ejercitar la acción contra los fiadores, al carecer de acción para reclamar el pago a éstos; y, b) Igualmente en ningún caso puede considerarse extinguida la hipoteca constituida en garantía del préstamo hipotecario, por un acuerdo entre acreedor y fiadores liberando a éstos al no ser aplicable el *art. 1.852 CC* al hipotecante no deudor, porque sería permitir una causa de extinción de hipoteca no fijada legalmente, y no olvidemos la facultad del acreedor de ejercitar su derecho contra cualquiera de las garantías, y reiteramos que la deuda existía y la hipoteca no está extinguida, por lo que no podemos calificar de indebida la ejecución hipotecaria ya que las fianzas no eran condición necesaria para constituir hipoteca.

Por la entidad mercantil Josefa Valcárcel 42, S.A. se interpuso recurso de casación articulado en dos motivos en los que, respectivamente, denuncia infracción por inaplicación de las normas contenidas en el *número 3º del art. 1.210 del Código Civil* y en el *art. 1.212 del mismo Cuerpo Legal (motivo primero)* e infracción por inaplicación de la norma del *art. 1.852*, en relación con el *art. 4.1, ambos del Código Civil*, o de las normas generales de este *Código sobre la responsabilidad contractual (motivo segundo)*.

SEGUNDO.- El examen del motivo primero se resume en si el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho a subrogarse en los derechos del acreedor en virtud del pago del crédito garantizado por la cosa hipotecada, la cual fue realizada en un procedimiento de ejecución hipotecaria y aplicado el dinero obtenido al pago de parte de la deuda garantizada, con base en el *art. 1210.3º CC*, en el que se dispone que "se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda".

Dicho planteamiento debe ser estimado, [aunque ello no suponga, como se verá, el acogimiento del motivo], porque se considera que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del *art. 1.210.3º CC*, por las razones siguientes.

En primer lugar debe señalarse que del ámbito del *art. 1.210.3º CC* no están excluidos los obligados al pago de la deuda; es más, el supuesto del solvens codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se puedan comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo.

En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena

no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero "obligado" al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un "tertium genus" entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un "obligado" sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no (y ya cabe advertir que el *ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero*); fiador real (asimilado a la fianza) o no; etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en "si tiene interés en el cumplimiento", que es la exigencia expresada en el precepto.

Otro tema que debe ser analizado con carácter prioritario es el relativo a si el *art. 1210.3º* recoge un caso de subrogación legal. La sentencia recurrida acoge la tesis que considera los casos de subrogación del *art. 1.210 CC* como de presunción. Es cierto que existen posturas doctrinales minoritarias (aunque importantes por la autoridad jurídica de sus patrocinadores) que sostienen, bien la tesis de la subrogación convencional -presunción de un convenio de subrogación de modo que se atribuye la carga de la prueba de la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes a quien niegue su existencia-, bien la de la subrogación presunta -presunción "iuris tantum"-, con dos variantes, según se requiera la voluntad del acreedor, o también la del deudor; y también lo es [cierto] que el texto del *Código en buena medida da pie para fundamentar dichas posturas porque los arts. 1.209 y 1.210* (siguiendo al Anteproyecto de 1.882-1.888 y separándose del Proyecto de 1.851 -*arts. 1.116 y 1.117* -) claramente se refieren a presunción. De mantenerse la postura de la Audiencia el discurso a seguir incidiría en el tema probatorio -valoración de prueba, o carga de la prueba-, y, por ende, en cuestión procesal, que, al no comprenderse dentro del ámbito del recurso de casación, nos impediría entrar en su examen, quedando excluido el análisis del motivo. Sin embargo sucede que la doctrina mayoritaria entiende que el *art. 1.210 CC* establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente automática -de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria-, y compartimos tal conclusión. Los argumentos de los autores son varios, y a veces por senderos jurídicos muy diversos. La principal objeción a la subrogación legal, que se halla en la alusión del precepto a la presunción, se salva, por unos, diciendo que se trata de una presunción "iuris et de iure" (en definitiva una disposición legal ajena a cualquier perspectiva de "onus probandi"); por otros, en sintonía con doctrina del derecho francés, que se refiere a la cesión de acciones (cesión ficticia realizada por el acreedor); por unos terceros, que la presunción se refiere a la voluntad de subrogarse; y por los más, que se trata de una imprecisión o impropiedad del lenguaje del legislador (que por cierto es bastante frecuente en temas similares de presunción a lo largo de la regulación del Código) porque: no hay estructura de presunción (deducción de un hecho incierto de otro tomado como cierto), "ni tampoco inducción de una voluntad negocial implícita en tanto no se demuestre la contraria", y "porque se trata de un efecto, y los efectos se producen o no se producen, pero no se presumen". Aparte de ello se razona, dentro del amplio espectro de la posición mayoritaria, que no tiene sentido hacer depender la subrogación, del acreedor que cobra, por lo que "sólo la figura de la subrogación legal permite concebir la idea de que el acreedor se vea compelido a una transmisión de sus derechos"; que concurre la misma "ratio" en el codeudor solidario, o en el hipotecante no deudor, que en el fiador solidario, y para éste existe la previsión específica del *art. 1.839 CC*; y que el solvens no es una persona totalmente ajena a la deuda, sino que es preciso que esté interesada en el cumplimiento.

Sentado lo anterior -que el *art. 1.210 CC* recoge casos de subrogación legal-, el automatismo opera en el sentido de que no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor. No se requiere una declaración "ad hoc"; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (solvens) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio.

Se plantea, finalmente, el tema central de la cuestión controvertida, que se refiere a si el hipotecante por deuda ajena que paga es un interesado en el cumplimiento, y puede obtener al amparo del *ordinal tercero del art. 1.210* el derecho de subrogación en los derechos del acreedor. La doctrina mayoritaria sigue un criterio afirmativo. Se argumenta: a) en relación con el derecho de agresión del acreedor -se dice que "tiene interés en el cumplimiento de la obligación de otro cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, hasta cierto punto o en determinada medida, el patrimonio de un tercero por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor, o entre el tercero y el acreedor, que incide en la que media entre deudor y acreedor"-; b), con la necesidad jurídica de cumplir; c), la conveniencia de cumplimiento; d), o con la evitación de un perjuicio - tiene interés aquel "a quien se le puede seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, del eventual incumplimiento de la obligación, o aquel que extraiga alguna ventaja cierta, no hipotética, del cumplimiento de esa misma obligación"- . Entendemos que existe el interés y que es en el cumplimiento, porque hay interés cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación (y no como sostiene un sector doctrinal en "la relación obligatoria", -lo que

obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada -tercer poseedor-; y es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla.

Admitido el planteamiento básico del motivo, se suscita el examen de su primera consecuencia que es la relativa al derecho de regreso del hipotecante no deudor contra los cofiadores solidarios de la deuda, y ámbito del mismo. Sin embargo, sin perjuicio de indicar que la regresión (utilizando la terminología del recurso) no sería total, sino sólo parcial (proporcional), no cabe entrar en el análisis del tema, porque resulta probado, según se declaró en la instancia y deviene incólume en casación, que los fiadores solidarios (ESSA y HUARTE) fueron liberados por el acreedor con anterioridad al pago y, como la subrogación sólo opera desde el pago, resulta de pura lógica formal que no hay posibilidad de regreso contra dichos fiadores. Y sin que, por lo demás, quepa hacer consideración alguna en relación con la hipotética condición de garante respecto de una parte del crédito del Banco Central Hispano Americano S.A., pues la propia parte recurrente renunció a cualquier planteamiento en torno al tema.

Como consecuencia de lo razonado resulta improcedente la petición subsidiaria de la demanda y se debe desestimar el motivo, siendo de aplicación para esta desestimación la doctrina de la Sala sobre la equivalencia de resultados, con arreglo a la que no procede la estimación del motivo (ni del recurso) cuando se rechaza el planteamiento de la recurrente aunque sea por razones diferentes de la resolución recurrida.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se suscita si el *art. 1.852 del Código Civil* que dispone que "los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo"- es aplicable por analogía *ex art. 4.1 CC* - "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otra semejante entre los que se aprecie identidad de razón"- al hipotecante no deudor, de modo que éste puede pretender frente al acreedor, que liberó a los fiadores, la liberación de la obligación de garantía (extinción de la hipoteca), y, producida la realización de la cosa hipotecada, puede reclamar frente al acreedor una indemnización de daños y perjuicios, tal y como se hace en la pretensión ejercitada con carácter principal en la demanda.

Con carácter prioritario debe señalarse que la paradoja de examinar en segundo lugar la pretensión principal es consecuencia de que la operatividad de la misma se halla subordinada a dos cuestiones resueltas a propósito de la pretensión ejercitada con carácter subsidiario: una, que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación legal del *art. 1.210.3º CC* ; y otra, que no tiene acción de regreso contra los fiadores solidarios por haber sido estos liberados por el acreedor antes del pago por el tercero.

También con carácter preferente debe señalarse que no forman parte de la "res de qua agitur" las cuestiones relativas al entramado habido entre las empresa en liza (la hipotecante y los fiadores solidarios formaban parte de un mismo grupo empresarial, y uno de éstos es titular de la totalidad de las acciones de aquélla, y además entre las fiadoras solidarias hubo un litigio en relación con la participación que correspondía a cada una por la parte de deuda abonada a la parte acreedora, habiéndose inadmitido el recurso de casación formulado por una de ellas), ni las que pudieran incidir en hipotéticas situaciones de cogarantía, o tener en cuenta las secuencias temporales en relación con la constitución de las garantías. Por lo que todo ello queda fuera del juicio jurisdiccional.

El tema básico del motivo se centra en la aplicación del *art. 1.852 CC* . Su planteamiento en casación ha sido formalmente correcto porque, al no existir en nuestro ordenamiento positivo un precepto que de modo expreso reconozca el derecho previsto en dicha norma al hipotecante por deuda ajena (como sucede en otros ordenamientos jurídicos), sólo es posible acudir a la vía de la analogía. La doctrina está dividida en relación con la solución de fondo a adoptar, pues en tanto algunos autores se muestran totalmente favorables a la aplicación analógica, otros manifiestan una opinión contraria, planteándose incluso entre los favorables, que sintonizan con la idea de la aproximación o asimilación de la hipoteca por deuda ajena (fianza real) con la fianza personal, matices diferentes en cuanto al alcance de las reglas de la fianza que son aplicables, dada la indefinición de lo que es incompatible con la hipoteca, procediendo advertir que incluso en los países cuyo ordenamiento jurídico admite expresamente la aplicabilidad de una norma similar a la aquí controvertida se presentan dificultades, e incluso la rechazan para el caso del tercer poseedor (adquirente de la finca hipotecada).

En favor de la aplicación del *art. 1.852 CC* se señala que si el fiador tiene el derecho de liberación respecto del hipotecante no deudor, éste debe tener la misma facultad respecto de la liberación de fiador, y, sobre todo, se aduce la común finalidad de garantía. En contra se discurre en relación con las distintas

técnicas de garantía y las diferencias estructurales entre la hipoteca y la fianza, y se argumenta que el hipotecante no deudor paga como tercer interesado no como garante; que dicho hipotecante no está obligado y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio, y la del hipotecante se limita al bien dado en garantía; y que el *art. 1.852 CC* es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del *art. 1.839 CC*.

Partiendo de las premisas de que no cabe excluir la aplicación de ciertas reglas de la fianza al hipotecante por deuda ajena (a pesar de que la actora sostuvo en las actuaciones que "no es un garante análogo al fiador"), sobre todo por la deficiencia normativa de la figura (*art. 1.857 CC*), y de que las diferentes condiciones jurídicas de "responsable no deudor", de uno, y de "deudor y responsable", del otro, no parecen suficientes para justificar la exclusión, sin embargo, en cuanto a la *regla del art. 1.852 CC* entendemos que no es aplicable a supuestos como el del caso especialmente por las razones que seguidamente se exponen. En primer lugar porque supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca que no está prevista por el ordenamiento jurídico, por lo que se afecta sustancialmente a su régimen jurídico; en segundo lugar, la norma del *art. 1.852 CC* presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad -tradicionalmente se le denomina excepción de cesión de acciones-, que no la hacen extendible por analogía a otras figuras de garantía. Y, finalmente, la función común de garantía no supone identidad de razón suficiente para salvar las peculiaridades de las respectivas figuras de aseguramiento del crédito y determinar por sí sola la aplicación del *art. 1.852 CC*; además de que el mismo criterio habría de tomarse en cuenta con otras formas de garantía, y, dada la existencia de un gran número de figuras atípicas y con una especial complejidad, se crearía el riesgo de introducir en el tráfico una incertidumbre y complicaciones imprevisibles, lo que hace conveniente, pese a que el tema es polémico, seguir la solución expresada, tanto más si se tiene en cuenta que las partes pueden adoptar las previsiones contractuales oportunas para precaver riesgos o contingencias como la que el legislador estableció expresamente para la fianza.

CUARTO.- La parte recurrente plantea en el motivo, con carácter subsidiario de la invocación del *art. 1.852 CC*, que procede la estimación de la pretensión indemnizatoria con fundamento en la responsabilidad contractual. Con independencia de que en la escritura de hipoteca se pueda pactar, con el alcance personal correspondiente, la aplicabilidad de la *regla del art. 1.852 CC*, y de que también cabe la posibilidad de una responsabilidad "ex contractu" por faltar a los términos en que se pactó la hipoteca cuando el acreedor actúa de forma que hace imposible o inútil la subrogación, aunque resulta oportuno advertir aquí, por un lado, que no hay base fáctica para contemplar las supuestas "intrigas fraudulentas" (que en sede de alegaciones tuvieron gran relevancia y en el recurso no tanto), y, por otro lado, que la parte actora conoció en su día (según se deduce del fundamento quinto de la sentencia recurrida, y que devino incólume en casación) el negocio jurídico que tilda de "actuación fraudulenta" y sin embargo no reaccionó frente al mismo, a pesar de que tuvo lugar durante el procedimiento ejecutivo hipotecario, en cualquier caso, la alegación constituye una cuestión nueva en casación, que responde a una acción distinta de la planteada, por lo que no puede ser examinada sin conculcar los principios de preclusión, defensa y contradicción procesal.

QUINTO.- La desestimación de los motivos del recurso conlleva la de éste, y al ventilarse cuestiones sobre las que existían Sentencias de esta Sala con doctrina diferente a la que se mantiene y que además son polémicas en la doctrina, e incluso alguna de ellas de solución discutible, no se hace especial condena en las costas causadas, todo ello de conformidad con los *arts. 487.2 y 398.2 en relación con el 394.1, párrafos primero y segundo*, de la LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil JOSEFA VALCARCEL 42, S.A., contra la Sentencia dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 20 de septiembre de 2.002, en el Rollo núm. 11 de 2.001, sin hacer especial condena en las costas causadas. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el

EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.