

# Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil UNED  
y Secretaria de IDADFE*

## SUMARIO

- I. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA HIPOTECA EN ÉPOCA DE CRISIS:
  - A) HOGAR FAMILIAR, DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
  - B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS: APUNTES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 2/1994 Y LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO SUBROGATORIO RESPECTO DE AMBAS MODALIDADES CREDITICIAS.
  - C) EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMO MODALIDAD PREFERENTE EN LAS FAMILIAS ESPAÑOLAS: FÓRMULAS Y GARANTÍAS ADICIONALES PARA REFORZAR EL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y CORREGIR ASÍ LA RESISTENCIA A LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS.
- II. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA Y SU RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD: LA EXCLUSIÓN DE LA FIANZA:
  - A) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1960 Y LA ADHESIÓN A LA DEUDA AJENA: SUS PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL.
  - B) PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA EN AUSENCIA DE *ANIMUS NOVANDI*.
- III. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
  - A) LA SUBROGACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON ASUNCIÓN CUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DE LA ADQUIRENTE: LA RDGRN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005.

B) SUPUESTO DE HECHO: COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN ACUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DEL ADQUIRENTE.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA ACUMULACIÓN PASIVA Y LA FIANZA COMO FÓRMULAS DE REFORZAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: SU DISTINTO ÁMBITO DE EFICACIA.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA HIPOTECA EN ÉPOCA DE CRISIS

A) HOGAR FAMILIAR, DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Sabido es que para la financiación de la adquisición de la vivienda familiar se suele recurrir, con frecuencia, a la constitución de un derecho real limitado sobre el bien inmueble en cuestión garantizándose, de este modo, la restitución del importe de la relación obligatoria principal al acreedor hipotecario (1). Con todo, si no era desconocida la práctica de ciertas entidades que reclamaban garantías adicionales a este instrumento crediticio, la situación económica recesiva y poco proclive a la concesión de créditos y préstamos bancarios de los últimos tiempos, ha justificado la generalización de esta práctica dirigida al reforzamiento de sus derechos en caso de incumplimiento del sujeto pasivo (2).

Las consecuencias de la crisis sobre la hipoteca y sus vicisitudes, por tanto, resultan dobles ya que el comportamiento de las entidades prestamistas es restrictivo incrementándose, al tiempo, las ejecuciones hipoteca-

---

(1) Sobre la clasificación de las garantías en general, vid., por todos, a mi maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, quien incluye entre los medios específicos de garantía dirigidos al reforzamiento o aseguramiento del derecho de crédito la hipoteca (vid., *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.<sup>a</sup> ed., pág. 204 y sigs.). En especial apela a la estadística de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) para «apercibirse de la importancia de la hipoteca como instrumento de garantía del crédito y del número de escrituras públicas de hipotecas autorizadas, así como de la cuantía total de capitales garantizados, que ascienden a tales cantidades que realmente provocan vértigo» (*Principios de Derecho Civil, 5, Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Madrid, 2009, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 43).

(2) Vid., en especial, también del Profesor LASARTE ÁLVAREZ, el ilustrativo trabajo sobre «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *La Ley*, XXIX, 6899, 2008, págs. 1 a 8. Sobre la futura Ley de prelación de créditos, vid., LASARTE ÁLVAREZ (coord.); LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, *La reforma de la prelación de créditos (comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

rias de los créditos impagados y concedidos en momentos de bonanza económica (3).

En particular esta última cuestión ha sido destacada por el Consejo General del Poder Judicial que «sitúa la ejecución hipotecaria en niveles de crecimiento que hará que más que se triplique entre 2007 y 2009. Estamos ante un procedimiento que es síntoma de momentos de dificultad financiera y económica. La razón está en su propia naturaleza, la hipoteca no es más que un derecho real constituido en garantía de un crédito sobre un bien (generalmente inmueble) que está en poder de su propietario, pudiendo el acreedor (generalmente las entidades bancarias y financieras, habida cuenta de que son ellas quienes prestan el dinero) en caso de impago de la deuda en el plazo pactado promover la venta del bien gravado, cualquiera que sea su titular en ese momento, para con su importe poder satisfacer su crédito por medio de un procedimiento especialmente privilegiado (el bien ejecutable está perfectamente identificado, ha sido tasado previamente a efectos de esa posible ejecución, tasación que realiza la entidad prestataria y además actualmente si el bien no cubre la cantidad adeudada se puede proceder contra el resto de los bienes que obren en el patrimonio del deudor) y que no es otro que “la ejecución hipotecaria”». En suma, los efectos previsibles de esta crisis económica en la carga de trabajo de los órganos judiciales se concretan, por lo que a Juzgados de Primera Instancia y Primera Instancia e Instrucción se refiere, en un incremento del 106 y del 234 por 100 de las ejecuciones hipotecarias (4).

B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS: APUNTES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 2/1994 Y LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO SUBROGATORIO RESPECTO DE AMBAS MODALIDADES CREDITICIAS

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, calificada por la mejor doctrina como «bomba de racimo en el mercado y sistemas hipotecarios» (5), aborda según

---

(3) Sobre la ejecución hipotecaria, vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 5, *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, cit., pág. 111 y sigs. y la bibliografía allí citada; también en especial, y sobre el sistema de transmisión de la propiedad en los supuestos de venta judicial, vid., MONDÉJAR PEÑA, *Subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008; PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007; GONZÁLEZ LÓPEZ y SÁNCHEZ MARÍN, *La subasta por persona o entidad especializada. Visión práctica*, Madrid, 2004; MARTÍN DÍZ, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000; PEDRAZA PENALVA, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.

(4) Así lo señala el Consejo General del Poder Judicial, en particular, en el tercer trimestre de 2008, el incremento respecto a idéntico periodo de tiempo del año anterior asciende al 146 por 100 (Boletín de Información Estadística del CGPJ, 15, 2008, págs. 3, 4 y 10).

(5) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, 5, 6.<sup>a</sup> ed., pág. XXIX.

su intitulación oficial, la modificación de «la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que establece determinada norma tributaria», y por lo que pretende destacarse en estas notas, amplía a las entidades financieras la posibilidad de concesión tanto de préstamos como, explícitamente, de créditos hipotecarios (6).

De este modo, advierte ahora el artículo segundo de la Ley 2/1981: «las entidades financieras podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos...», en idéntico sentido que el 5 donde se incorpora el crédito a los préstamos como operaciones activas, entre otras menciones como, por ejemplo, el artículo 11. En este sentido, téngase en cuenta que el préstamo hipotecario suele implicar —frente al crédito de esta naturaleza— una única transmisión del importe del principal, careciendo el prestatario de la posibilidad de reutilizar las cantidades amortizadas. De modo que el crédito hipotecario supone la puesta a disposición de la cantidad en cuenta, admitiéndose tanto sucesivos abonos como cargos.

Lo cierto es que previa a esta modificación operada por la Ley 41/2007, no escaseaban las entidades que ofrecían resistencias a la intención de sus clientes bancarios para que les fuera aplicado el régimen del artículo 1.211 del Código Civil y conseguir con ello un cambio de acreedor hipotecario y la subsiguiente mejora de las condiciones pactadas. Alegaban las entidades el origen de la deuda, suscrita en su modalidad de crédito y no de préstamo, como parecía exigir el ordenamiento jurídico en la materia. Esta circunstancia, junto a otros elementos adicionales descritos en la Exposición de Motivos, producen que dicha Ley 41/2007 aborde y aclare los términos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación hipotecarios (7), consiguiéndose así la ampliación del ámbito objetivo a ambas formulaciones de la transferencia crediticia, si bien con ciertos requisitos que ahora veremos.

En este sentido su artículo segundo contempla ahora expresamente al crédito hipotecario, haciéndolo en los siguientes términos: «El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda

---

(6) Téngase en cuenta, también, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en particular y por lo que se refiere al contrato, su artículo 17, por cuanto deberán cumplir las condiciones sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

(7) Para su comentario, vid., especialmente, GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La renegociación de préstamos hipotecarios (estudio de la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 1994)*, Madrid, 1999; en cuanto a las novedades de la Ley 41/07, vid., BLANCO PÉREZ-RUBIO, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.

haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. *Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos (...)*» (8).

A mayor abundamiento conviene tener presente la RDGRN de 29 de febrero de 2008 —dictada en el recurso interpuesto por doña María Cruz Cano Torres, notaria de Valladolid, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 5, de dicha capital, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo— que revoca el planteamiento restrictivo de la Ley 2/1994 sobre la improcedencia de la subrogación hipotecaria y de la propia registradora que denegó la inscripción por entender que la subrogación pretendida se operaba sobre un crédito y no sobre un préstamo.

Declara dicha Resolución: «El planteamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la Exposición de Motivos de ésta (cfr. apartado V) señala como finalidad expresa de la norma el “...alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios...”; y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros; conclusión a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen» (9).

---

(8) En definitiva, el artículo 7 de la Ley 41/2007, sobre el ámbito de aplicación, previene que: «El presente capítulo será de aplicación a los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: Que se trate de un *préstamo o crédito* hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una *vivienda* y el *prestatario sea persona física*. Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades. En dichos contratos de crédito o préstamo hipotecario no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial. En cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello».

(9) *BOE*, 77, sábado, 29 de marzo de 2008.

C) EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMO MODALIDAD PREFERENTE EN LAS FAMILIAS ESPAÑOLAS: FÓRMULAS Y GARANTÍAS ADICIONALES PARA REFORZAR EL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y CORREGIR ASÍ LA RESISTENCIA A LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS

De lo dicho se sigue que la exigencia de cautelas adicionales resulte ser una buena fórmula para activar tanto el préstamo como el crédito hipotecario, ya que gracias a ellas pueden ser vencidas ciertas resistencias de la entidad financiera o la sociedad concesionaria (10).

En este sentido y teniendo en cuenta que el comportamiento de las familias españolas ante la vivienda sigue estando claramente inclinado por la elección del régimen de propiedad (11) —frente a otros regímenes contractuales más flexibles como pueda ser el arrendamiento (12)— no se antoja fácil la misión de persuadir a la entidad bancaria de la conveniencia de la transmisión patrimonial.

Por tanto, las circunstancias económicas conllevan la aplicación de otras fórmulas típicas sustitutivas de las actuales y la búsqueda, a mayor abundamiento, de otras tantas vías atípicas capaces de reforzar los derechos del acreedor hipotecario. En particular y al margen de las garantías consistentes en la prestación de aval bancario o, en su caso, fianza solidaria, es posible que al préstamo se añadan otros acuerdos accesorios suscritos por el deudor con un tercero y suficientemente hábiles para el acreedor quien, por su parte, no suele

---

(10) Como ya se ha señalado, la actividad de estas últimas empresas caracterizadas por no estar sometidas a la supervisión del Banco de España, con la entrada en vigor de la Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se someterá definitivamente a la legislación protectora en materia de consumo.

(11) «En lo que se refiere al régimen de tenencia, en España hay que destacar que la vivienda en propiedad presenta mayor importancia que en el resto de países comunitarios, más del 85 por 100 de las viviendas son en régimen de propiedad, siendo Gran Bretaña, con el 64 por 100, el país con las cifras más cercanas. Esto puede ser debido a la baja rentabilidad de las viviendas en alquiler para atraer al inversor privado, la inseguridad de los nuevos contratos de arrendamiento y sus elevados precios para los inquilinos, y las importantes ventajas fiscales que presenta la adquisición de una vivienda. En general en el mercado inmobiliario español hay un gran desequilibrio en la relación oferta-demanda. En los últimos años se están produciendo cambios sociales (en cuanto a la tipología de las familias: número de miembros, nivel de renta, etc.) que hace necesaria una remodelación en la oferta de vivienda» (COLOM ANDRÉS y MOLÉS MACHÍ, «Movilidad, tenencia y demanda de vivienda en España», en *Estadística Española*, 46, 157, 2004, pág. 513).

(12) Arrendamiento que en tiempos de crisis repunta, de hecho para sortear la ejecución hipotecaria, el Presidente de la Asociación Hipotecaria Española, en su comparecencia del 28 de septiembre de 2008 ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, recomendaba una regulación más completa de la dación en pago, toda vez que esta forma especial de cumplimiento de la relación obligatoria principal puede permitir al deudor que ha incumplido tanto la recuperación de parte del valor de la vivienda como, en su caso, seguir disfrutando de ella en régimen de alquiler.

oponerse a su inserción en el pacto principal. Este es el supuesto de la acumulación pasiva de deudores, vieja conocida de la práctica bancaria y financiera y ratificada su legalidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La legalidad y legitimidad de estos pactos o relaciones internas entre los deudores ha sido, adicionalmente, ratificada por la DGRN que, en el caso que ahora se verá, autoriza como tal y como a su vez había hecho el Notario, los pactos internos suscritos por los progenitores de la adquirente de una vivienda. En particular los padres, pese a que se comprometen como codeudores solidarios, insertan una cláusula advirtiéndolo que su hija habrá de reintegrarles cualquier cantidad que por razón del préstamo haya de abonar. En el supuesto de hecho y frente a la denegación de la Registradora, la DGRN estima el recurso interpuesto contra dicha denegación y ordena su práctica, habida cuenta de que los pactos internos son perfectamente válidos ya que no resultan oponibles al titular del derecho de crédito sino a la compradora y a sus progenitores. Veámoslo, si bien con carácter previo, conviene recapitular la noción de la acumulación subjetiva pasiva a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo.

## II. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA Y SU RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD: LA EXCLUSIÓN DE LA FIANZA

### A) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1960 Y LA ADHESIÓN A LA DEUDA AJENA

En la materia, como anticipábamos, ha resultado esencial el caso de la *sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960*, dictada siendo Ponente BONET RAMÓN, ya que se erige en expresión sintética de las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales inmediatamente precedentes a la fecha en que se dicta. Se convierte, por tanto, en uno de los mejores exponentes del abandono del sistema romano-francés y el definitivo acogimiento de los principios germánicos (13). La Resolución es un excelente ejemplo de la fortísi-

---

(13) En la materia, vid., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova, 2008, y la bibliografía allí citada; «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», en *RCDI*, 713, 2009, págs. 1183 a 1212; «La dottrina civilista spagnola e la successione a titolo particolare dei debiti» («La doctrina civil española ante la sucesión singular de las deudas»), en *Vita Notarile: esperienze giuridiche*, año LX, Parte I, II e III, número 1, gennaio aprile, 2008, págs. 511 a 540; «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, tomo LXI, fas. II, 2008, págs. 619 a 719; «Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», en *Libro Ho-*

ma influencia ejercida por las tesis alemanas entre nuestra doctrina con la importación subsiguiente tanto de ciertas instituciones del BGB como de su exégesis e interpretación analógica (14).

En la mencionada *sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960*, se ventilaba un asunto en que un tercero ajeno a una deuda se había comprometido a pagar, caso de no ejecutar la prestación el deudor principal. El juzgador entendió que se trataba de un supuesto de adhesión a la deuda, rechazándose las pretensiones del tercero que aducía haber suscrito un contrato de fianza, siendo desestimado el recurso de casación interpuesto. La intervención del adherido había producido su conversión en sujeto pasivo en régimen de solidaridad con el deudor primitivo y no, como alegaba infructuosamente, en garante personal subsidiario (15).

En su virtud, la obligación del tercero se conforma como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo. En este sentido HEDEMANN, al ocuparse de esta «asunción acumulativa o de refuerzo», destacaba, además de su origen etimológico (de *cumulus*, montón, pluralidad), la circunstancia de que el nuevo deudor no se colocase en el lugar del antiguo sino *junto a* él. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que tal «coasunción de deuda» no se encuentra prevista en el BGB, por lo que se trata de una aplicación analógica de la fianza de la propia deuda del § 773 (16).

Pues bien, a la vista de estos antecedentes y con la intención de ratificar esta influencia directa de la doctrina germánica en general y de ENNECCERUS en particular, se trae razón literal de la sentencia. En su Considerando segundo se declaraba que: «se configura como asunción de deuda acumulativa o de

---

*menaje al Profesor Doctor Don Manuel Cuadrado Iglesias*, Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.

(14) En la segunda edición del *Tratado*, sus comentaristas se hacían eco de cómo sus conclusiones sobre la novación, transformación y asunción, habían sido recogidas en un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo (vid., ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al cuidado de PUIG BRUTAU, pág. 420).

(15) El documento privado decía: «por este documento, declaro yo, Vicente Baldoví Vives, en nombre propio y en el de mis hermanos señores don Enrique y don Julián, que me comprometo a entregar al señor don Casimiro Alcón Solero, vecino de la Garrovilla, la cantidad de 84.184.08 pesetas, si en el plazo de dieciséis días, o sea, antes del día 20 del corriente mes de enero de 1953, el señor don José María Pineda Ventura no las abonara, por ser esta cantidad la que le corresponde pagar a este señor en la liquidación que se ha verificado con motivo de la rescisión de un contrato de compraventa, y a la que está él obligado a su abono por ser deudor solidario con este señor».

(16) Vid., *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958, pág. 210 y sigs. y 470 y sigs. En este sentido acierta INFANTE RUIZ al atribuir el origen de la asunción acumulativa a la doctrina alemana de Pandectas, ya que se reproduce literalmente; por eso también desenfoca la auténtica procedencia de la institución, al obviar su sede en el 1.204 del Código Civil y en la intelección justiniana de las presunciones (vid., *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, pág. 142 y sigs.).



refuerzo por el demandado, hoy recurrente, en cuya virtud, al asumir la deuda de Pineda, ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza, en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal (...).

Las concomitancias del párrafo transcrito con la definición ofrecida por ENNECCERUS y LEHMANN son incontestables. Esta figura se pretende distinguir nítida y cuidadosamente de la asunción de deuda, toda vez que el BGB sólo reconoce como tal la que libera al deudor primitivo. En particular, describen la asunción acumulativa o de refuerzo como aquella que «en su virtud, el que asume la deuda ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario». Líneas después se desentrañan las disparidades de la asunción acumulativa con la fianza, al decir que «la adhesión a la deuda se diferencia esencialmente de la fianza, incluso de aquella en que el fiador renuncia a la excusión. En efecto, el que se adhiere a la deuda la asume como propia queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; en cambio, el fiador asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal» (17).

B) PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA EN AUSENCIA DE *ANIMUS NOVANDI*

La resolución judicial anterior es, sin duda, un caso paradigmático de la importación directa por el juzgador del sistema alemán y de ciertas figuras que, en puridad, ya estaban presentes en nuestro Derecho con denominación y efectos relativamente coincidentes (18). De hecho, esta asunción de deuda de

---

(17) *Derecho de Obligaciones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.<sup>a</sup> ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, pág. 413; vid., también, la pág. 422, donde los comentaristas destacan la flexibilización del requisito de la mención expresa de la solidaridad.

(18) Por otra parte, el caso recogido no es el único, sucede también con la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1941, cuya coincidencia con el mandato de crédito previsto en el antiguo párrafo 778 del BGB también resultaba llamativa (se utiliza el pasado por la nueva redacción dada a este precepto en la reforma de 2002). Por su parte, GETE-ALONSO y CALERA reproduce otro buen exponente de esta importación

refuerzo no es sino la acumulación del artículo 1.204 del Código Civil (19), precepto que, al exigir la presencia de la intención novatoria provoca que, sin la concurrencia de dicho *animus*, las relaciones o los deudores se acumulen. En síntesis, con la más pura tradición jurídica patria y de conformidad a la justinianea, en ausencia de mención expresa liberatoria, el nuevo deudor se acumula al preexistente (20). Cuestión distinta será que, en el caso de autos, pudiera deducirse antes que una acumulación una fianza sobrevenida.

Por tanto, si el efecto único en la estipulación novatoria clásica romana era la invariable extinción de la relación precedente que se veía sustituida por la nueva, en la época justiniana por prudencia y sentido práctico, con la intención de evitar la incertidumbre de la aplicación de presunciones ajenas a la propia voluntad de las partes, se determina que, en defecto de declaración expresa del *animus novandi*, el nuevo deudor se acumularía al precedente (21).

De modo que, a partir del Derecho justiniano, dos son los efectos posibles en los pactos suscritos entre el acreedor y el nuevo deudor, la novación y la acumulación, consecuencias ambas a las que se puede llegar por distintos procedimientos. Y en este sentido, es especialmente reseñable que el juzgador —como buena parte de la doctrina— eligiera continuar con las calificaciones institucionales germánicas fundadas en la sucesión singular de las deudas antes que recurrir a instituciones existentes y propias (22).

---

de conceptos ajenos producido con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1956, en la «que se copia, literalmente, la construcción, que acerca del reconocimiento de deuda, se ofrecen en el Derecho alemán y en particular la adaptación de la misma al Derecho español llevada a cabo por los traductores y anotadores de ENNECERUS, Ludwig-LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho de Obligaciones*. PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José, 3.<sup>a</sup> ed. adaptada por FERRANDIS VILELLA, José, vol. 2, 2.<sup>a</sup> parte. Barcelona, 1996, págs. 865 y sigs.» («Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, nota 10). Sucede lo mismo en la construcción del negocio fiduciario recibida por el sistema español del germánico, denotativo de la fuerte xenofilia de la jurisprudencia española (vid., TOMÁS MARTÍNEZ, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000, pág. 55).

(19) «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

(20) El tenor de la Partida 5, Tit. XIV, L. XV, dice: «(...) Mas si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renovase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que dauva por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renovamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincarían obligados por la debda, tambien el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serían quitos de la obligacion principal (...)».

(21) Constitución del año 530 (C.8.41.8; I.3.29.3).

(22) Con la mencionada sentencia, adicionalmente, se evidencia un estado de las cosas donde la doctrina pasa a ser fuente de los pronunciamientos judiciales ratificándose, en suma, una deseable interdependencia de la dogmática civilista y la doctrina legal. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1962, en un asunto sobre reclamación de unas acciones y novación objetiva, el letrado recurrente fue Cossío; con

### III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

#### A) LA SUBROGACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON ASUNCIÓN CUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DE LA ADQUIRENTE: LA RESOLUCIÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005

En el recurso se suscribe un contrato de compraventa sobre una finca previamente hipotecada; la compradora asume al tiempo la posición pasiva del deudor en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca. La particularidad del supuesto controvertido es que los progenitores de la adquirente asumen acumulativamente la deuda, si bien incluyendo un cauteloso pacto interno por el que podrán exigir y repetir contra su hija caso de que, finalmente, deban desembolsar cualquier cantidad. Dicho pacto observa las prescripciones del artículo 118 de la Ley Hipotecaria (23) y es conocido por el titular del derecho de crédito garantizado con hipoteca, que consiente todas las

---

todo las alegaciones no prosperaron siendo Ponente BONET RAMÓN, quien reitera los argumentos de la sentencia de 11 de junio de 1947: «la novación comprendida por el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones ofrece la singularidad que le caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarlo o sustituirla por otra, y como ambas no pueden subsistir, ya que si esto ocurriera, no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia, y que únicamente cuando esto no sucede aquélla no se extinguirá, sino que sea dudoso que no es otro el sentido atribuible al artículo 1.203 del Código Civil» (la novación objetiva consistió en la extinción de un depósito ordinario de acciones por otro de cuenta de crédito con garantía de aquellos valores).

(23) «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestase su consentimiento. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado». En la materia, entre otros, vid., NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, XCII, 181, 1947, págs. 61 a 79; RICA Y ARENAL, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, IV, 1948, págs. 281 a 327; JORDANO BAREA, «Asunción de deuda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1950», en *ADC*, III, IV, 1950, págs. 1379 a 1380; TORRES ESCÁMEZ, «La hipoteca de finca vendida», en *RDP*, 1983, págs. 917 a 925; AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, págs. 10 a 66; GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1996)», en *ADC*, L, III, 1997, págs. 1547 a 1556.

subrogaciones; con todo la Registradora califica negativamente la escritura ya que considera que para que exista la solidaridad acordada por los progenitores y su hija resulta preciso que la deuda tenga un origen común, por lo que a su juicio resulta ser una fianza y no un caso de solidaridad pasiva.

En este sentido, téngase presente que la validez de ciertos pactos y relaciones internas entre deudores no depende de la aquiescencia del titular del derecho de crédito, resultando la inoponibilidad de dichos pactos al acreedor hipotecario cuestión ajena a su indiscutible legalidad (24). Dichas relaciones internas, una vez perfeccionadas, a las partes vinculan y exigibles serán entre quienes las hayan suscrito, en definitiva (25).

Por otra parte, ciertas instituciones como la fianza y la solidaridad o el objeto del contrato de compraventa y el convenio de asunción pasiva, no son idénticas por muy próximas que puedan resultar; proximidad institucional que conviene deslindar a la luz de la mencionada Resolución.

B) SUPUESTO DE HECHO: COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN ACUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DEL ADQUIRENTE

En particular, se trata de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2005 (26), habiéndose dictado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Almacelles (Lérida) ante la negativa de la Registradora de la Propiedad de Lérida a inscribir una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.

Son los Hechos de la citada Resolución: «I. En escritura autorizada el 18 de septiembre de 2003, por el Notario de Almacelles (Lérida), don Martín González-Moral García, la entidad P. S. L. vende a doña Laura L. P. determinada finca. Parte del precio se satisface mediante subrogación en un préstamo hipotecario que la entidad P. S. L. tenía concertado con una Caja de Ahorros. *En el acto de otorgamiento comparecen también los padres de la compradora y declaran subrogarse en la misma deuda personal, obligándose solidariamente frente a la entidad prestamista a la devolución del préstamo, pero aclarando que en su relación interna como deudores solidarios, doña*

---

(24) En materia del precio de compraventa, la retención del importe pendiente por parte de la compradora —con asunción de la deuda liberatoria por el consentimiento del acreedor a la subrogación hipotecaria practicada— no procede rechazar la inscripción por el hecho de que la parte adquirente haya asumido también el abono del Impuesto sobre el Valor Añadido, vid., la RDGRN de 1 de diciembre de 2008, reiterada el día 2, 3, 5 y el 9 del mismo mes y año (BOE 7, de 8 de enero de 2009).

(25) Vid., de la autora de estas líneas, los capítulos 8 y 9 de la tesis doctoral «La expromisión: el artículo 1.205 del Código Civil».

(26) Publicada en el BOE de 14 de febrero de 2006.

*Laura L. P. se hará cargo y soportará todos los pagos, por lo que si sus padres pagasen alguna cantidad del préstamo podrán repetir el pago contra su hija.* Acuerdan también la ampliación del préstamo en su cuantía, y la ampliación de la hipoteca constituida en su garantía. La Caja de Ahorros da su consentimiento a todas las subrogaciones.

A juicio de la Registradora no procede la inscripción, siendo sus fundamentos para dicha negativa los siguientes: «1. Si la solidaridad no viene establecida por la Ley, para que exista no es suficiente el convenio acreedor deudores, sino que es preciso que la deuda tenga un origen común. Caracteriza a la solidaridad el que un mismo hecho jurídico es el que genera para todos la obligación. Es cierto que el artículo 1.440 del Código Civil señala que “la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del mismo modo y por unos mismos plazos y condiciones”, es decir, admite la falta de uniformidad en aspectos menores o no esenciales a la obligación, pero se trata en todo caso de variaciones accidentales. En el caso contemplado en la escritura no se da el requisito del mismo origen de la deuda, pues la obligación de la hija surge como consecuencia de un contrato de compraventa en el que se estipula con el vendedor por parte del precio se satisface subrogándose en su deuda frente a la Caja. La obligación de los padres, extraños al contrato de compraventa, nace más bien de una fianza solidaria, es decir, aquélla en la cual el fiador renuncia al beneficio de excusión y se presta a que el acreedor le reclame la deuda primero a él, como si fuera deudor (arts. 1822.2 y 1831.2 del Código Civil). Pero esta obligación del fiador es siempre accesorio (art. 1824.1 del Código Civil). Si bien en la relación externa funcionan en forma parecida solidaridad y fianza, en el aspecto interno el fiador podrá repetir el todo al deudor principal (art. 1.838 del Código Civil), frente al carácter mancomunado de la obligación (con la especialidad del art. 1.145.3 del Código Civil) en la relación interna entre los deudores, o sea, existe un derecho de reembolso a favor del que pagó de la parte correspondiente a los demás codeudores en el caso de las obligaciones solidarias (art. 1.145.2 del Código Civil). 2. Tratándose de deudas que tienen distinto origen, una derivada del préstamo de compraventa y otra derivada de un contrato de garantía, sólo puede calificarse de ampliación el préstamo en cuanto a la porción que recibe la hija. Para los padres es un préstamo nuevo que sólo puede garantizarse con una nueva hipoteca y si ésta recae sobre el bien perteneciente únicamente a la hija debe hacerse a través de la figura de la hipoteca en garantía de deuda ajena (art 1857.30 del Código Civil) (*sic*). 3. La diferencia de efectos entre la fianza y la solidaridad se sentirá especialmente si la deuda es pagada por los padres y la hija ha transmitido la finca. De conformidad con los artículos 1.145, 1.159, 1.210.3 y 1.212 del Código Civil, los padres podrán ejecutar la hipoteca primitiva en su totalidad (por razón de la fianza) y sólo en una porción por razón de la ampliación (solida-

ridad) sin que esto sea posible cuando se trata de una sola hipoteca en garantía de una sola deuda».

Por su parte, los argumentos del Notario en el recurso gubernativo correspondiente contra la nota de calificación son los siguientes: «I) Que en la escritura que motiva el recurso, *la solidaridad entre la compradora y sus padres deriva de un mismo hecho jurídico, como es la asunción liberatoria de la deuda del primitivo deudor, además la entidad acreedora consiente la subrogación en los tres, siendo posible que aunque haya una sola compradora, haya, como subrogados en el préstamo, tres prestatarios solidarios.* II) *Que no estamos ante una fianza, sino ante un caso de solidaridad entre deudores, que supone una verdadera garantía para el acreedor.* III) Que en la *relación interna entre deudores*, los padres son meros garantes de la hija, y se les aplican las reglas de la solidaridad pasiva, y no de la fianza. IV) Que de acuerdo con lo expuesto, no puede distinguirse entre la deuda derivada de la asunción del préstamo (en la que habría una prestataria y dos fiadores), y la deuda derivada de la posterior ampliación (en la que habría tres prestatarios), sino que en todo caso hay tres prestatarios obligados solidariamente, sin perjuicio de la novación objetiva del préstamo mediante su ampliación.

Por lo que a los Fundamentos de Derecho de la Resolución atañe y dada su trascendencia conviene transcribir aquí su totalidad: «Vistos los artículos 1.140, 1.145, 1.203, 1.205, 1.210, 1.255, 1.257, 1.281, 1.822, 1.839 del Código Civil; 118 de la Ley Hipotecaria y sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28 de septiembre de 1960, 15 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991 y 2 de marzo 1998. 1. En el presente supuesto se vende una finca y se pacta que la compradora asume la deuda derivada del préstamo garantizado con una hipoteca que grava dicha finca, y se subroga no sólo en la obligación personal garantizada con la hipoteca sino también en las responsabilidades derivadas de ésta; se añade que en la misma *deuda personal derivada del préstamo se subrogan otras dos personas padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente* frente a la entidad prestamista si bien se pacta que si cualquiera de estas dos personas pagara alguna cantidad del préstamo podrá repetir el pago contra la compradora. La entidad acreedora consiente en la subrogación y a continuación se pacta una ampliación del préstamo hipotecario. Presentado el título en el Registro, la Registradora suspende la inscripción porque considera que para que la solidaridad exista no es suficiente el convenio entre acreedor y deudor, ya que es preciso que la deuda tenga un origen común, circunstancia que no se da en este caso en el que las deudas tienen un distinto origen, en la compra en un caso y en la constitución de una garantía en el otro. En consecuencia la ampliación del préstamo sólo puede pactarse en cuanto a la obligación de la compradora subrogada; en el caso de los padres la obligación tiene un distinto origen y habrá de constituirse una hipoteca independiente en garantía de deuda ajena».

Sigue la Resolución diciendo: «2. *De los términos del negocio* (“en la misma deuda personal derivada del préstamo se subrogan también”, “en relación con el préstamo en que se han subrogado”, “la Caja de una parte y los prestatarios de otra amplían”) *resulta la voluntad de asumir solidariamente la misma deuda personal por parte de la compradora* y de sus padres, y no de constituir una fianza como obligación accesorio de la principal. En el caso de la compradora se trataría de una asunción de deuda con subrogación en la responsabilidad hipotecaria (art. 118 de la Ley Hipotecaria) y en el caso de los padres de una asunción cumulativa de deuda, figura reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como diferente de la fianza solidaria (en base a los arts. 1.158, 1.255 y 1.257 del Código Civil a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960) y que se justifica en la razón económica del negocio. Se trata, pues, de una obligación con tres deudores solidarios y en consecuencia puede pactarse la ampliación de hipoteca en relación con el préstamo considerado». En virtud de lo expuesto procede la estimación del recurso y la revocación de la nota de la Registradora.

#### IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA ACUMULACIÓN PASIVA Y LA FIANZA COMO FÓRMULAS DE REFORZAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU DISTINTO ÁMBITO DE EFICACIA

Sabido es que la solidaridad presenta distinta función y régimen que la fianza (27), entre otros motivos porque la pluralidad de sujetos pasivos exige

---

(27) Vid., CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984; PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985; DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS, de 3 de octubre de 1985 (fianza: extinción por novación o prórroga de la obligación principal)», en *CCJC*, 9, 1985, págs. 2949 a 2958; ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988; ALONSO SÁNCHEZ, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de la fianza (años 1983 a 1988)», en *ADC*, XLII, III, 1989, págs. 979 a 1021; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *La Ley*, julio de 1992; REYES LÓPEZ, *Subrogación y regreso en la fianza solidaria*, Madrid, 1992; CRISTÓBAL MONTES, *La cofianza*, Madrid, 1993; GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a nuevas formas de garantía. Conferencia pronunciada en la Academia el 13 de mayo de 1993», en *AAMN*, XXXIII, 1994, págs. 322 a 339; CARRASCO PERERA, «Garantías a primer requerimiento», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 105 a 175; GUILARTE ZAPATERO, «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 33 y sigs.; TUR FAÚNDEZ, *El Derecho de reembolso (El pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos). Régimen jurídico, jurisprudencia*. Prólogo de José



la elección de una fórmula de organización para el cumplimiento efectivo de la deuda comprometida. En su caso, el Código Civil contempla las consecuencias para el supuesto de que, siendo el régimen escogido el de solidaridad, sea uno de entre los sujetos pasivos quien cumpla, a su vez, la relación interna entre los codeudores se organizará aplicando el sistema de mancomunidad (28). Adicionalmente el *solvens* tendrá derecho a recuperar la parte correspondiente de cada uno de sus codeudores, añadidos los intereses de anticipo que prevé el artículo 1.145 del Código Civil (29).

Por eso y en definitiva, aunque la solidaridad garantiza (30) el cumplimiento del derecho de crédito, el codeudor que finalmente ejecute la prestación comprometida lo hará —incluso cuando se vea forzado a pagar íntegramente dicha prestación— como deudor *solvens* a diferencia del supuesto del fiador que, por muy solidario que sea, cumple por otro la garantía personal suscrita (31). Por tanto, y pese a que el fiador solidario haya renunciado —a tenor de los arts. 1822.2 (32) y 1831.2 (33)— al beneficio de excusión (34) no por ello pierde el derecho a que le sea reintegrado en su totalidad

---

Ángel TORRES LANA, Valencia, 1996; REYES LÓPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 1996; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», en AC, 1997, pág. 541 y sigs.; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia, 2006.

(28) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., pág. 39.

(29) «El pago hecho por uno de los codeudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

(30) Acerca de la función de garantía, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 1996, recogida GARCÍA SOLÉ, «La reciente normativa sobre factoring», en *La Ley-Actualidad*, en la que se aproxima al concepto de *factoring*, en sede del debate doctrinal de la función de garantía, de gestión y de financiación.

(31) Vid., MONTES PENADÉS, «Las garantías del crédito», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2000, pág. 243.

(32) «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3.º, título 1.º de este libro».

(33) De entre los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, el artículo 1.831 del Código Civil, enumera cuatro causas de eliminación del derecho de excusión que ostenta el fiador sobre los bienes del deudor. Así, además de la exclusión en caso de renuncia expresa del fiador, en caso de quiebra o concurso del deudor o en los supuestos en que éste no pueda ser demandado judicialmente en el «Reino», expresamente el párrafo segundo recoge tal exclusión «cuando se haya obligado solidariamente con el deudor». Por otra parte, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 160 determina sobre el derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, en los siguientes términos: «el acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste».

(34) Vid., LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, I, Madrid, 2000, pág. 33.



el importe de la deuda ni la facultad de exigir el reintegro de la totalidad de lo pagado (35).

Recapitula las cuestiones evidenciadas, la *sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1991*, por cuanto afirma que «la sustitución de la persona del deudor, en las relaciones contractuales, puede revestir varias modalidades: a) La conocida como *expromisión*, con base al artículo 1.205 del Código Civil, y que consiste en que la novación subjetiva en la persona del deudor, se produce mediante acuerdo directo entre el acreedor y un nuevo deudor —tercero ajeno a la obligación primitiva—, el que libera al deudor originario de sus cargas. No requiere consentimiento ni siquiera su conocimiento, ya que el nuevo actúa espontáneamente y no por delegación o con intervención del antiguo, de tal manera que se produce un efecto pleno liberatorio, pues la obligación que asume el expromitente extingue la anterior (...). b) La *delegación* de pagos, que el artículo 1.206 del Código Civil, si bien no la regula, la admite, dándola por supuesta, (...) la misma viene representada por un convenio entre deudores, mediante el cual el deudor primitivo (delegante), ordena a otra persona extraña al contrato (delegado), que recibe la orden y la acepta y la ejecuta a favor del acreedor-delegatario, el que asiente y admite este cambio en el sujeto obligado, por tanto la obligación primitiva subsiste, ya que no se ha producido su extinción sino sólo su modificación. c) Asimismo cabe que tenga lugar la llamada *asunción acumulativa de la deuda o refuerzo*, mediante la cual, el deudor nuevo se introduce en la obligación, para colocarse junto al deudor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para aquél, por lo tanto la aceptación del acreedor, del nuevo obligado, no libera al originario, y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia, de dos obligaciones idénticas en régimen de solidaridad, pero con una única y similar causa —sentencias de 9 de junio de 1981 y 9 de octubre de 1987, entre otras—, distinguiéndose de la *fianza*, en la que el fiador acepta la responsabilidad por la deuda ajena, que garantiza, asumiendo, en consecuencia, la responsabilidad de su cumplimiento por el deudor principal».

Por tanto, la modalidad acumulativa exige su diferenciación del tratamiento de la fianza con la particularidad de que, al haber primado la solidaridad sobre la mancomunidad, en defecto de pacto la acumulación presentará carácter solidario (36). A mayor abundamiento en el caso controvertido por

---

(35) La facultad de subrogación está contemplada en el primer párrafo del artículo 1.839; el artículo precedente contempla la extensión que se deba dar al reembolso al que tiene derecho.

(36) La sentencia de 5 de diciembre de 2000, afirma que en defecto de consentimiento del acreedor, se produce la solidaridad (MANRESA sostenía la mancomunidad, dado que aún no se había dictado la jurisprudencia correctora), pese al artículo 1.289 en su párrafo segundo. Vid. PUIG I FERRIOL, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., pág. 445. En suma, y pese a las razonables dudas puestas de manifiesto por la jurispru-

la RDGRN expresamente se pacta la solidaridad entre ellos si bien se añade un pacto interno por el que la hija se hará responsable de las cantidades que por cualquier circunstancia ellos se vean forzados a afrontar.

En resumidas cuentas y gracias, con probabilidad, a dicha vía acumulativa o *adspromissio* pactada en régimen de solidaridad con ocasión de la subrogación hipotecaria del supuesto de hecho que ventila la RDGRN de diciembre de 2005, al implicar el reforzamiento de los derechos del acreedor hipotecario se erige esta fórmula en uno de los elementos para la consecución de la subrogación pretendida por la adquirente de la vivienda.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SÁNCHEZ, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de la fianza (años 1983 a 1988)», en *ADC*, XLII, III, 1989, págs. 979 a 1021.
- ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988.
- AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, págs. 10 a 66.
- CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- «Garantías a primer requerimiento. Derechos personales de garantía: Aval, Fianza, Crédito y Caucción, Cláusula penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 105 a 175.
- CASANOVA MUSSENS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- COLOM ANDRÉS y MOLÉS MACHÍ, «Movilidad, tenencia y demanda de vivienda en España», en *Estadística Española*, 46, 157, 2004, pág. 513.
- CRISTÓBAL MONTES, *La cofianza*, Madrid, 1993.
- DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985 (fianza: extinción por novación o prórroga de la obligación principal)», en *CCJC*, 9, 1985, págs. 2949 a 2958.
- ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al cuidado de PUIG BRUTAU; «Derecho de Obligaciones», en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.<sup>a</sup> ed., al cuidado de PUIG BRUTAU.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», en *AC*, 1997, pág. 541 y sigs.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La renegociación de préstamos hipotecarios (Estudio de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994)*, Madrid, 1999.

---

dencia, la característica básica de la acumulación es la misma que la *novatio*, es decir, efecto de entre los previstos por los pactos típicos de los artículos 1.205 y 1.206 del Código Civil. Con todo, carece de efectos liberatorios para el deudor primitivo y está ausente la nota extintiva.

- GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1996)», en *ADC*, L, III, 1997, págs. 1547 a 1556.
- GETE-ALONSO Y CALERA, «Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, II*, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ LÓPEZ y SÁNCHEZ MARÍN, *La subasta por persona o entidad especializada. Visión práctica*, Madrid, 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995.
- GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a nuevas formas de garantía. Conferencia pronunciada en la Academia el 13 de mayo de 1993», en *AAMN*, XXXIII, 1994, págs. 322 a 339.
- HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958.
- INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004.
- JORDANO BAREA, «Asunción de deuda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», en *ADC*, III, IV, 1950, págs. 1379 a 1380.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, I*, Madrid, 2000.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.<sup>a</sup> ed.
- *Principios de Derecho Civil, 5, Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Madrid, 2009, 7.<sup>a</sup> ed.
- «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *La Ley*, XXIX, 6.899, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ (coord.); LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, *La reforma de la prelación de créditos (comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- MARTÍN DÍZ, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *La Ley*, julio, 1992.
- MONDÉJAR PEÑA, *Subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008.
- MONTES PENADÉS, «Las garantías del crédito», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2000.
- MORETÓN SANZ, «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», en *RCDI*, 713, 2009, págs. 1183 a 1212.
- *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova, 2008; «La dottrina civilista spagnola e la successione a titolo particolare dei debiti» («La doctrina civil española ante la sucesión singular de las deudas»), en *Vita Notarile: esperienze giuridiche*, Ano LX, Parte I, II e III, núm. 1, gennaio aprile, 2008, págs. 511 a 540.
- «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad

- de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, tomo LXI, fas. II, 2008, págs. 619 a 719.
- «Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», en *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Manuel Cuadrado Iglesias*, Javier GÓMEZ GALLIGO (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.
- NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, XCII, 181, 1947, págs. 61 a 79.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.
- PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007.
- PEDRAZA PENALVA, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, *Efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia, 2006.
- REYES LÓPEZ, *Subrogación y regreso en la fianza solidaria*, Madrid, 1992.
- *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 1996.
- RICA Y ARENAL, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, IV, 1948, págs. 281 a 327.
- TOMÁS MARTÍNEZ, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000.
- TORRES ESCÁMEZ, «La hipoteca de finca vendida», en *RDP*, 1983, págs. 917 a 925.
- TUR FAÚNDEZ, *El Derecho de reembolso (El pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos). Régimen jurídico, jurisprudencia*. Prólogo de José Ángel TORRES LANA, Valencia, 1996.

## ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1941.
2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1947.
3. Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero 1950.
4. Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1956.
5. Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960.
6. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1981.
7. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1987.
8. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1991.
9. Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1991.
10. Sentencia del Tribunal Supremo. de 30 de junio de 1996.
11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 1996.
12. Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo 1998.
13. Sentencia de 5 de diciembre de 2000.
14. Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2005.
15. Resoluciones de la DGRN de 1 de diciembre de 2008, reiteradas el día 2, 3, 5 y el 9 del mismo mes y año.
16. Resolución de la DGRN de 29 de febrero de 2008.

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR  
SUBROGACIÓN HIPOTECARIA

*Este trabajo tiene por objeto el análisis de las fórmulas de financiación elegidas para la adquisición del hogar familiar y las consecuencias de la suscripción por las partes, bien de derechos reales de garantía o de otras vías de garantía adicional para reforzar el derecho del acreedor hipotecario. Adicionalmente este sistema de contratos y derechos reales de garantía se ha enmarcado en el momento actual de crisis económica y de resistencia por las entidades financieras para la concesión de préstamos o créditos. Especialmente se analiza y compara el régimen de la denominada acumulación pasiva de deuda, la fianza y la solidaridad a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y su clásica Sentencia de 28 de septiembre de 1960 revitalizada por la Dirección General de los Registros y Notariado, en particular por la Resolución de 21 de diciembre de 2005.*

ABSTRACT

FAMILY HOME  
HYPOTHEC SUBROGATION

*This work has for object the analysis of the financing for the acquisition of the family home and the consequences of the subscription for the parts, well of real rights of guarantee or other additional guarantee to reinforce the hypothec creditor's right. Additionally these systems of contracts and real rights of guarantee have been framed in the current moment of economic crisis and of resistance for the bank for the concession of credits. Especially it is analyzed and it compares the denominated passive accumulation of debt, the guarantee and the solidarity of the doctrine of the Supreme Tribunal and their classic Sentence of September 28 1960 revitalized by the General Managements of the Registrations and Notary, especially the Resolution of December 21 2005.*

*(Trabajo recibido el 6-7-2009 y aceptado  
para su publicación el 30-6-2010)*