

1.3. Derechos reales

CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE FIANZA QUE ASEGURA, A SU VEZ, UN CRÉDITO HIPOTECARIO CUANDO AMBAS HIPOTECAS RECAEN SOBRE LA MISMA FINCA.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que se va a analizar es el de la posibilidad y consecuencias de la inscripción de una hipoteca en garantía de deuda futura (fianza), mediante la cual se asegura el pago de las mensualidades derivadas de un préstamo hipotecario que se documenta en una escritura inmediatamente anterior, en el caso de que los deudores principales no puedan cumplir esta obligación, a la vez que se asegura la satisfacción de la entidad garante frente a estos últimos mediante nueva hipoteca de máximo sobre la misma finca que anteriormente ha sido hipotecada en garantía del referido préstamo.

¿Es posible esta inscripción?

Existen dos posturas distintas que ofrecen soluciones diversas:

1. La postura de los que consideran que, de acuerdo con el principio de especialidad, no es posible que una misma obligación sea garantizada con dos hipotecas, porque en caso de ejecución judicial, la entidad garante quedaría subrogada en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, por lo que el mismo crédito estaría garantizado con dos hipotecas, mientras que, de producirse el pago por la entidad garante fuera del procedimiento judicial, la aplicación de los artículos 1.210, 1.211 y 1.213 del Código Civil llevaría a producir la subrogación en los mismos términos.
2. Los que entienden que se trata de dos hipotecas en garantía de dos obligaciones distintas; una en garantía de un préstamo y otra en garantía del derecho del fiador para el caso de que éste tuviera que pagar la obligación derivada del préstamo. Pero no puede entenderse que ambas hipotecas garanticen la misma obligación, ya que están constituidas a favor de personas distintas, tienen distinta causa (mutuo y garantía de deuda futura) y tienen distinto contenido. Que puede ocurrir que el fiador pague la deuda y se subrogue en los derechos del acreedor, pero que también puede que no ocurra así, ya que difícilmente puede producirse la ejecución de la hipoteca previamente inscrita porque, en caso de pagar el fiador ante el incumplimiento del deudor principal, no podrá interponerse la ejecución por parte del acreedor principal, y en caso de impago por el fiador, el acreedor, puede dirigirse contra los deudores.

Lo que subyace en ese problema es la propia naturaleza jurídica de la fianza, pues, según se mantenga una u otra tesis respecto de la misma, la solución registral variará.

En efecto, si la fianza constituye una relación absolutamente dependiente y subordinada a la relación principal que asegura, sin autonomía respecto de la misma, de forma que ambas obligaciones se confunden cuando el fiador debe proceder al pago de la obligación principal, subrogándose en la posición del acreedor, no será posible constituir una hipoteca en garantía de dicha obligación, puesto que llegado el momento del pago por el fiador se identifica con la obligación principal, existiendo dos hipotecas para una misma obligación, para la misma relación jurídica obligacional. Y esto no es posible por el principio de especialidad, que recoge como base del mismo el axioma: una obligación una hipoteca.

Sin embargo, si se mantiene la postura de que la fianza, aunque subordinada a la principal, constituye una obligación independiente de la misma, sí será posible constituir una hipoteca que garantice la obligación de fianza, pues dos obligaciones distintas tienen como garantía distintas hipotecas.

La Dirección General, en la Resolución de 4 de marzo de 2005 mantiene esta segunda tesis, más moderna y acorde a los tiempos, sobre todo por la nula e importante función económica que desempeña la fianza en nuestros días. En concreto, después de afirmar que la fianza constituye una obligación independiente de la obligación principal que asegura, fundada en su innegable y autónoma función económico-social, superando las viejas tesis a favor de la existencia de un único vínculo obligacional con dos deudores distintos, el Centro Directivo concluye, basándose en esa premisa, que la existencia, contenido y posibilidad de modificación y extinción de ambas obligaciones es independiente, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesoria.

Por todo ello, continúa el Centro Directivo, la obligación del fiador, al ser independiente, puede ser garantizada con hipoteca, que garantiza al fiador que paga la realización de su crédito contra el deudor principal directamente sobre la finca hipotecada y con preferencia a cualquier otro acreedor posterior. No hay que olvidar, añade la Dirección General, que el derecho del fiador que paga tiene un contenido más amplio que el del acreedor principal, pues es un vínculo obligatorio distinto, ya que el fiador podrá reclamar, desde luego, lo satisfecho al acreedor (y aquí le puede interesar la subrogación en su lugar), pero también puede reclamar todos los conceptos a los que se refiere el artículo 1.838 del Código Civil (intereses legales, gastos, daños y perjuicios) que quedan fuera de la cobertura subrogatoria. Por todo ello, puede afirmarse la conveniencia y utilidad de una hipoteca en garantía de esta obligación distinta. Aunque no puede olvidarse el carácter subordinado y accesorio de la fianza, lo que determina una interconexión con la obligación principal, que se manifiesta en la posibilidad de subrogación del 1.839 del Código Civil, sin que por ello puedan confundirse ambas obligaciones.

Por lo tanto, la Dirección General afirma la independencia de ambas obligaciones, las dos relaciones no se confunden entre sí, como lo demuestra la subsistencia de los diferentes derechos que por efecto del pago corresponden al fiador; pero a la vez no se puede olvidar la relación de subordinación entre ambas, lo que facilita la subrogación del fiador en la posición del acreedor, sin que por ello deje de tener sentido la hipoteca del fiador. Pues su existencia y supervivencia de la del acreedor cobra vida en los supuestos por

ejemplo, en que el fiador decida no subrogarse en la posición del acreedor, o cuando la hipoteca preferente llegue a desaparecer por efecto distinto del pago y no dependiente de la voluntad del acreedor (vgr., vencimiento, plazo o consolidación), que permite la cancelación de dicha hipoteca sin el consentimiento del fiador.

La tesis del Centro Directivo es muy clara, sin embargo, conviene analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este tema para sacar nuestras conclusiones.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA

La fianza como garantía de una obligación principal, ajena, que es, en definitiva, lo que constituye su esencia, constituye una obligación nueva y distinta, con autonomía propia de aquélla a la que asegura. En este sentido, y con las palabras claras de GUILARTE (1), podemos decir que «en la fianza dicha función de asegurar el cumplimiento de una obligación ajena se desenvuelve mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio con contenido propio y específica causa de garantía. El fiador, pues, al asumir su propia obligación distinta aunque accesoria de la garantizada, somete su patrimonio a la eventual ejecución del acreedor principal si el deudor fiado no cumple... Debe precisarse que el fiador no es el deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia; y que cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor». Con palabras parecidas, LACRUZ BERDEJO (2) asegura que «el fiador es un verdadero obligado, siquiera en garantía de una deuda ajena», y continúa añadiendo que la obligación del fiador es verdadera obligación y distinta de la principal: puede estar sujeta a propias determinaciones y limitaciones, asegurada con garantías específicas, modificarse o extinguirse por causas propias, independientemente de la obligación garantizada (vid. art. 1.847 del Código Civil).

Quedan superadas de esta forma, viejas tesis que, para explicar la peculiar naturaleza de la fianza, abogaban por la existencia de una sola obligación con dos deudores, pues se consideraba que el fiador asumía la misma deuda que el obligado principal; o aquéllas que encuadran a la fianza como un supuesto de responsabilidad sin deuda.

El fiador es un deudor nuevo y distinto del deudor principal; su obligación (fianza) no es la misma que la que asegura, aunque, como bien matiza LACRUZ, es idéntica que la debida por el deudor, pues nunca puede ser de distinta naturaleza que aquella (STS de 30 de octubre de 1984). Son, por tanto, cualitativamente iguales, aunque pueden diferir en la cantidad y en las circunstancias que la determinan, como condiciones o término.

Pero, a pesar de ser dos obligaciones diferenciadas, entre ellas hay una ligazón que no puede olvidarse, y que, asimismo, termina por caracterizar a

(1) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1782, y en «Comentario del artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, Edersa, 1974, págs. 7 y sigs.

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 336.

la fianza; pues aunque diferente a la principal, es accesoria y subsidiaria de la misma.

1. ACCESORIEDAD

Prácticamente la doctrina no discute este rasgo, sino que es comúnmente aceptado por todos. Es cierto, para que exista la obligación fideiusoria tiene que existir la obligación cuyo cumplimiento asegure, pues esto no es sino consecuencia de su propia función de garantía. Lo corrobora el hecho de que el artículo 1.824 del Código Civil lo diga claramente: «La fianza no puede existir sin una obligación válida», y lo confirman los artículos 1.826, 1.828, 1.847 del Código Civil. El Tribunal Supremo ha mantenido continuamente la nota de accesoriedad de la fianza en las siguientes SSTS: 25 de febrero de 1954, 21 de marzo de 1962, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970, 2 de junio de 1976, 14 de diciembre de 1982, 11 de junio de 1984, 30 de octubre de 1984, 26 de diciembre de 1986, 10 de abril de 1987, 2 de diciembre de 1988, 19 de mayo de 1990, 4 de mayo de 1993 y 5 de febrero de 1999.

La accesoriedad de la fianza está en íntima relación con la función de garantía de la misma, pues es consecuencia lógica que si garantiza una determinada obligación, no pueda existir sin aquélla. Es más, la relación de accesoriedad se explica como una dependencia funcional al vínculo fiado, como dice GUILARTE (3), y precisamente, añade este autor, la subordinación propia de cualquier relación accesoria se justifica en la fianza por su servicio al mismo fin perseguido por la obligación principal, pero, a diferencia de otros casos de accesoriedad, «el subordinado no llega a fundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo pero sometidas a un régimen propio y distinto».

Es decir, el hecho de que la fianza sea accesoria de la obligación que asegura, no impide la diferenciación de las mismas.

2. SUBSIDIARIEDAD

La obligación fideiusoria es subsidiaria de la que garantiza. Esta característica ha sido discutida por parte de la doctrina, y en relación a la misma existen tres posturas diferenciadas (4). En primer lugar, la de aquellos que niegan tal carácter a la fianza por entender que subsidiario equivale a condicional o eventual, cosa que no es la fianza. La segunda tesis aboga por aceptar el carácter subsidiario de la fianza, identificándolo con el beneficio de excusión, en el sentido de que el fiador sólo deberá cumplir su obligación si el deudor no cumple la suya, siendo posible su renuncia. La tercera tesis afirma que la subsidiariedad es esencial a la fianza, pero no se identifica únicamente con el beneficio de excusión, sino que acompaña siempre a la fianza, pues, aunque no se ejerzitase el beneficio de excusión por el fiador, tal y como

(3) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 16.

(4) Véase el desarrollo de estas tres tesis, ampliamente expuesto por GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., págs. 17-19.

mantiene GUILARTE (5), «su obligación es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación, siendo en todo caso relevante, no que el fiador pague antes o después que otro, sino que lo hace en lugar de otro».

La subsidiariedad es, por tanto, nota tipificadora y esencial de la fianza, pero esto tampoco niega, ni contradice la tesis, desde aquí sostenida, de la existencia de dos obligaciones diferenciadas entre la principal y la fideiusoria, sino, más bien al contrario, pues su carácter subsidiario implica precisamente la existencia de otra obligación anterior.

3. RECAPITULACIÓN

La obligación en que consiste la fianza es distinta de aquélla que garantiza, pues existen dos vínculos obligacionales distintos, tal y como hemos dicho, y corroboran los siguientes hechos:

- Aunque hubiera incumplimiento de la obligación principal, y el deudor fiador tuviera que proceder al pago de la misma, no estaría sino cumpliendo con su propia obligación subsidiaria, que, como también hemos dicho, no tiene porque coincidir exactamente en la cantidad, y puede estar sometida a plazos o condiciones distintas de la principal.
- Una vez pagada la obligación principal, el deudor fiador puede subrogarse en la posición del acreedor (art. 1.839 del Código Civil), como dice la STS de 14 de noviembre de 1981: «Al fiador corresponde, en virtud de la subrogación operada, la acción que asistía al acreedor pagado». Parece admitirse por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que al fiador corresponde tanto la acción de subrogación como la de reembolso (SSTS de 11 de junio de 1972, 14 de mayo de 1984, 29 de mayo de 1984, 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988); pero el importe que puede reclamar como consecuencia del reembolso, del deudor principal es distinto del de la obligación asegurada y debida por el deudor, pues incluye: según el artículo 1.838 del Código Civil: la cantidad total de la deuda; los intereses legales de ella; los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para pago, y los daños y perjuicios cuando procedan. Por otra parte, la subrogación del fiador en la posición del acreedor se entiende que lo es en todos «los derechos que el acreedor tenía frente al deudor», por lo que, en principio, también le corresponden las garantías y privilegios que aquel tenía frente al deudor.

Es en este caso, como el de la Resolución que se ha citado (Resolución de 4 de marzo de 2005), si el fiador está garantizando una obligación hipotecaria, si se subroga en la posición del acreedor, y a su vez garantizaba su obligación con una hipoteca, si al adoptar la posición del acreedor y la hipoteca a su favor, cuando se plantea si existen dos hipotecas sobre un mismo crédito.

(5) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 19, y el desarrollo de estas tres tesis, ampliamente expuesto por este autor en las págs. 17-19.

III. CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE FIANZA, QUE A SU VEZ ASEGURO UN CRÉDITO HIPOTECARIO

Si a consecuencia de todo lo explicado, no cabe duda de que la fianza es una obligación distinta de aquélla que asegura, aunque accesoria y subordinada, no puede existir problema alguno en que se constituya para garantizar una hipoteca, pues existe una obligación distinta y autónoma con una hipoteca que la garantiza.

Hasta aquí todo normal. Pero resulta que la hipoteca que asegura la obligación fideiutoria recae sobre la finca ya hipotecada por el deudor principal, se plantea el problema de si el fiador decide ejercitar su derecho de subrogación, al ponerse en la misma posición del acreedor hipotecario, nos encontramos con una misma obligación y dos hipotecas. Aunque se subrogarse en tal posición, no podemos mantener la existencia de una misma obligación, pues ya hemos demostrado que son dos obligaciones distintas las garantizadas, pues como dice la Dirección General (6), el fiador puede ejercitar «directamente frente al deudor un derecho propio que deriva exclusivamente de la relación de fianza», como se ve en la posibilidad clara de ejercitar la acción de reembolso, y por cantidades distintas que la propia obligación principal.

Y aunque sólo existiera la posibilidad de la subrogación, tampoco podríamos concluir la identidad de obligaciones, pues, como bien señala el Centro Directivo, si por ejemplo el deudor utiliza la subrogación una vez comenzando el procedimiento de subastas de inmuebles, el fiador conserva su hipoteca, al igual que ocurre cuando un acreedor posterior al actor paga la deuda antes del remate, que conserva su hipoteca posterior sin alteración del orden (arts. 1.158 y 1.210 CC y 659.3 LEC).

RESUMEN

*HIPOTECA EN GARANTÍA
DE FIANZA*

¿Puede constituirse una hipoteca en garantía de fianza, que asegura, a su vez, un crédito hipotecario? Según se considere que la fianza es una relación jurídica independiente de aquélla que garantiza, o se crea que se trata de la misma obligación, las respuestas serán distintas.

ABSTRACT

*MORTGAGE TO SECURE
A BOND*

Can a mortgage be made to guarantee a bond that is in turn used as collateral for mortgage credit? Depending on whether the bond is considered to be a legal relationship independent of the relationship it secures or whether it is believed to be part and parcel of the same obligation, the answers will differ.

(6) Véase RDGRN de 4 de marzo de 2005.