

## 1.5. Obligaciones y contratos

# La paradoja del fiador y la crisis de la persona jurídica: un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 en memoria de don Federico de Castro

*The guarantor paradox and the crisis of legal entities: a comment to the Ruling by the Supreme Court of 12 November 2020 in memory of don Federico de Castro*

por

ANTONIO GARCÍA GARCÍA\*  
Abogado

**RESUMEN:** La STS 600/2020, de 12 de noviembre, declara extinguida la fianza relativa a un préstamo garantizado a su vez con hipoteca de primer rango. Considera que la solicitud de cancelación de dicha hipoteca instada por el acreedor tras adjudicarse el inmueble en ejecución de la hipoteca de segundo rango impidió el derecho de subrogación de los fiadores. Para llegar a esta conclusión, lleva a cabo una novedosa interpretación de la facultad subrogatoria del fiador y del artículo 1852 del Código Civil, en la que admite por primera vez la «hipoteca de propietario» en Derecho español. En el presente trabajo realizamos una crítica constructiva de esta sentencia que, a nuestro modo de ver, nos sitúa ante una paradoja. Analizamos sus fundamentos jurídicos y las razones por las cuales supone una ruptura con la jurisprudencia previa en la materia. Por último, exponemos por qué, en nuestra opinión, esta sentencia es una manifestación de la crisis de la persona jurídica en la moderna legislación de sociedades de capital.

**ABSTRACT:** *Ruling by the Supreme Court 600/2020, of 12 November, declares the extinction of a guarantee related to a loan secured in turn with a first-ranking mortgage. It deems that the request for cancellation of such mortgage filed by the creditor after being awarded the property by enforcing the second-ranking mortgage hindered the guarantors' subrogation right. To reach such conclusion, it performs an innovative construction of the guarantor's subrogation rights and of article 1852 of the Civil code, whereby it accepts «owner's mortgages» under Spanish law for the first time. In this paper, we carry out a constructive criticism of this Ruling which, in our view, presents us with a paradox. We analyze its merits and the reasons why it deviates from the previous case law on the matter. Lastly, we set*

---

\* Investigador en formación en el Programa de Doctorado de Derecho y Economía de la Escuela Internacional de Doctorado CEU (CEINDO) (antonio.garcia.garcia@usp.ceu.es).

*out why, in our opinion, this Ruling is a symptom of the crisis of legal entities in modern corporations' law.*

**PALABRAS CLAVE:** Fiador. Hipoteca. Consolidación. Sociedad. Persona jurídica. Abuso de derecho. Artículo 1852 del Código Civil.

**KEY WORDS:** *Guarantor. Mortgage. Consolidation. Company. Legal entity. Abuse of rights. Article 1852 of the Civil Code.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: 1. LAS PARADOJAS EN EL DERECHO. 2. EL CASO DE ESTUDIO. 3. EL DERECHO DEL FIADOR A SUBROGARSE EN LAS GARANTÍAS DEL ACREDOR Y LA LLAMADA «EXCEPCIÓN DE CESIÓN DE ACCIONES».—II. LIMINAR: SOBRE EL ESPÍRITU DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO FRENTE AL DEUDOR PRINCIPAL. 2. BREVE *REDUCTIO AD ABSURDUM*.—III. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS «HECHOS DEL ACREDOR». 2. SOBRE EL ÁNIMO DEFRAUDATORIO.—IV. NATURALEZA DE LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE CARGAS: 1. ANÁLISIS JURÍDICO-SUSTANTIVO. A) *La consolidación de derechos*. B) *La «hipoteca de propietario» y su inadmisibilidad en el Derecho español*. 2. ANÁLISIS JURÍDICO-REGISTRAL: A) *El artículo 76 de la Ley Hipotecaria*. B) *El artículo 190 del Reglamento Hipotecario*. C) *Antinomia y principio de especialidad*.—V. OTROS ARGUMENTOS CONTRA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL 1. DACIÓN EN PAGO. 2. EL TRATO AL HIPOTECANTE NO DEUDOR (O CÓMO LA PARADOJA DEL FIADOR NO SE DA A LA INVERSA).—VI. LA PARADOJA DEL FIADOR COMO MANIFESTACIÓN DE LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA: 1. LA IDEA DE SOCIETAS EN EL DERECHO ROMANO. 2. EL DOGMA DEL HERMETISMO Y SU RUPTURA EN EL SIGLO XX. 3. LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL NEOLIBERALISMO. 4. LA *AFFECTIO SOCIETATIS*: ¿UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA FIANZA DE SOCIO?—VII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LAS PARADOJAS EN EL DERECHO

El Diccionario de la RAE define «paradoja» como «hecho o expresión aparentemente contrarios a la lógica». Deriva del latín *paradoxum*, a su vez préstamo del griego *paradoxon* (inesperado, increíble, singular...). El término está formado por el prefijo *para* («junto a», «semejante a») y *doxon* («buen juicio»). Se considera paradoja a una proposición cuando no se puede determinar si es cierta o falsa, o ambas a la vez (si bien esto último no debería ser posible, en virtud del principio de no-contradicción...).

Las paradojas no se reducen al campo de las matemáticas y de la lógica. También existen en la ciencia del Derecho<sup>1</sup>. Quienes nos movemos en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, los concursos de acreedores, las refinanciaciones y las compras de créditos fallidos convivimos a diario con diversas paradojas. Por poner un solo ejemplo, como gustaba de apuntar nuestro maestro Abel VEIGA, la regla *«par conditio creditorum»* que propugna como principio del Derecho concursal la igualdad entre acreedores resulta paradójica a la luz del sistema

de clasificación de créditos (arts. 269 y siguientes del actual Texto Refundido de la Ley Concursal). Estos preceptos estratifican a los acreedores en clases y sub-clases, en un orden de prelación de pagos que en la práctica asegura el cobro de los créditos con privilegio especial, dificulta un poco más el cobro de los créditos con privilegio general, y hace prácticamente inviable el cobro de los créditos ordinarios y subordinados. Dicho de otro modo: el trato a los acreedores es de todo menos igual.

Sin salir del Derecho financiero, es principio comúnmente aceptado que las garantías (reales o personales) robustecen el crédito garantizado: cuanto más garantizado se encuentra un crédito, más probable es su cobro. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) 600/2020, de 12 de noviembre (en adelante, la «sentencia») nos sitúa ante una nueva paradoja, que humildemente nos disponemos a bautizar como la *«paradoja del fiador»*. Y es que, cuando son varios los préstamos garantizados con hipotecas de distinto rango sobre un mismo inmueble, la existencia de fiadores que aseguren el préstamo preferente podría llegar a *¡perjudicar!* la posición del acreedor, si este desea mantener la fianza en vigor.

## 2. EL CASO DE ESTUDIO

La sentencia que comentamos versa sobre un préstamo concedido por una entidad bancaria a una sociedad (en adelante, la «Deudora») en el año 1999. El préstamo estaba garantizado con hipoteca de primer rango sobre una finca, y afianzado solidariamente por tres particulares (en adelante, los «Fiadores»), todos ellos socios de la Deudora o vinculados a la misma. En 2003, otra entidad (en adelante, el «Banco») se subrogó en la posición del acreedor original, y amplió y novó el préstamo. Los Fiadores aceptaron expresamente dicha ampliación y novación.

En diciembre de 2003, los Fiadores vendieron a terceros el 100% de sus participaciones en la Deudora. Mantenga el lector este dato en particular en la memoria.

En septiembre de 2009, en el marco de una refinanciación de la deuda existente, el Banco concedió un nuevo préstamo a la Deudora, que quedó garantizado con hipoteca de segundo rango sobre la misma finca. Este segundo préstamo no fue avalado por los Fiadores, pues estos no mantenían ya vínculos con la Deudora. El capital dispuesto bajo este segundo préstamo quedó depositado en una cuenta indisponible para la Deudora y pignorada a favor del Banco, al que además se facultó expresamente para aplicar los fondos al repago de la deuda anterior.

En agosto de 2010, la Deudora dejó de pagar el primer préstamo, y en diciembre del mismo año impagó el segundo préstamo.

El Banco instó la ejecución del préstamo hipotecario de segundo rango (esto es, aquel cuyo impago se había producido más tarde). En diciembre de 2011, el juzgado de primera instancia dictó decreto de adjudicación de la finca a favor del Banco por el 60% del valor de tasación (tras una subasta sin postores), y ordenó la cancelación de la hipoteca ejecutada. De la lectura de la sentencia, no está claro si el Banco se adjudicó directamente la finca, o si cedió el remate a una sociedad inmobiliaria de su grupo, que adquirió el dominio<sup>2</sup>. El Banco solicitó expresamente que se cancelase también la primera hipoteca, por consolidación de derechos tras la adjudicación.

Posteriormente, el Banco promovió demanda de ejecución de título no judicial (en adelante, la «ETNJ») frente a la Deudora y los Fiadores por impago del préstamo garantizado con hipoteca de primer rango. Los Fiadores interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Banco, solicitando que se declarase extinguida la fianza, así como la improcedencia de la reclamación respecto de los Fiadores y el levantamiento de todos los embargos trabados sobre sus bienes. Además, reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la ETNJ. El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró extinguida la fianza, al apreciar abuso de derecho en la actuación del Banco en perjuicio de los Fiadores<sup>3</sup>.

Recurrida la sentencia por el Banco ante la Audiencia Provincial, esta desestimó la apelación (SAP de Córdoba 108/2018, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2018, Rec. 798/2017). Coincide con la sentencia de instancia en que la ejecución de la segunda hipoteca constituye abuso de derecho:

*«[E]s evidente que la actuación de la demandada, ejecutando la segunda hipoteca (que no la primera, con más cuotas impagadas) impide el eventual derecho de subrogación de los fiadores, pues las perspectivas de recobro son ilusorias por la actuación del acreedor, dada la insolvencia del deudor principal [...]».*

Del mismo modo, considera justo y equitativo, con base en el artículo 1852 del Código Civil, que la fianza se extinga si, por culpa de actos del acreedor, no puede materializarse el derecho del fiador a subrogarse en todas las garantías que aquel tenía frente al deudor. La Audiencia recalca que:

*«[E]xiste una carga que obliga al acreedor a preservar plenamente el derecho de subrogación del fiador, es decir, “con extensión a todas las garantías y privilegios del crédito”. En definitiva, no es aceptable jurídicamente que la conducta del acreedor haga desaparecer las garantías de la obligación objeto de fianza y si lo hace, el fiador quedará liberado».*

Finalmente, el Tribunal Supremo (en adelante, «TS») desestima el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por el Banco. La sentencia dispone:

*«[L]a cuestión nuclear que suscita el presente litigio se centra en determinar si, en las circunstancias que han concurrido en el caso, la actuación del acreedor al promover la cancelación de la hipoteca que garantizaba el primer préstamo (obligación afianzada por los demandantes) constituye un hecho, calificable como abuso de derecho, imputable a aquel que, mediante un nexo causal directo (relación de causa-efecto), ha impedido que los fiadores se hubiesen podido subrogar, previo pago de la obligación, en la hipoteca cancelada, con objeto de obtener el resarcimiento de la pérdida patrimonial causada por el pago (que posteriormente se les reclamó en vía ejecutiva) mediante la ejecución de la hipoteca [...] De lo anterior se deriva la existencia de una carga que incumbe al acreedor de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos, es decir, con extensión a todas las garantías y privilegios del crédito (manteniendo la relación entre débito y responsabilidad como existía en el momento de constituir la fianza). Este es el deber cuyo cumplimiento se tutela mediante la norma contenida en el artículo 1852 del Código Civil, que constituye una suerte de sanción por el incumplimiento de tal carga. Pesa, pues, sobre el acreedor, un deber jurídico de diligencia».*

Sostiene el Tribunal Supremo que nuestro ordenamiento protege estos derechos del fiador incluso *in fieri*, cuando estos son inciertos o están en su fase de formación, en la cual existe un hecho adquisitivo comenzado (la subrogación del fiador en la hipoteca):

«[E]n el periodo de incertidumbre, la situación de pendencia ya es reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico mediante ciertas garantías de aquella expectativa. En el caso concreto que ahora analizamos, la garantía prevista por el ordenamiento consiste en la imposición al acreedor de la carga, el deber jurídico, de actuar diligentemente en la conservación de las garantías y privilegios de su crédito para no malograr la futura subrogación, lo que comporta un correlativo derecho a favor del fiador, consistente en poder reclamar la liberación de su obligación fideiusoria en caso de contravención de aquel deber».

En los apartados siguientes, nos disponemos a realizar, en la medida de nuestras posibilidades, un comentario crítico de la sentencia, siempre desde el máximo respeto al Alto Tribunal. En primer lugar, faremos un breve excuso acerca del espíritu del artículo 1852 del Código Civil y por qué la sentencia nos sitúa ante una paradoja (la paradoja del fiador) que puede hacer que deudor y fiador se beneficien de un enriquecimiento injustificado. A continuación, repasaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1852, indicando por qué la sentencia supone una ruptura con la línea mantenida hasta fechas recientes. Seguidamente, analizaremos la fundamentación jurídica del fallo, desde una doble óptica: primero, la del Derecho civil sustantivo, y luego, la del Derecho registral. Finalmente, veremos cómo la paradoja del fiador entraña en última instancia con la crisis de la persona jurídica que ya anunció el profesor DE CASTRO a mediados del siglo pasado, y que las dinámicas propias del *Derecho mercantil del neocapitalismo*<sup>4</sup> han contribuido a exacerbar.

### 3. EL DERECHO DEL FIADOR A SUBROGARSE EN LAS GARANTÍAS DEL ACREDOR Y LA LLAMADA «EXCEPCIÓN DE CESIÓN DE ACCIONES»

Antes de entrar en materia, es preceptivo recordar las premisas básicas sobre las que se asienta el derecho del fiador a subrogarse en las garantías del acreedor si paga todo o parte de la deuda principal<sup>5</sup>.

El artículo 1838 del Código Civil consagra la facultad del fiador de repetir contra el deudor principal (acción de reembolso):

«El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este. La indemnización comprende: 1. La cantidad total de la deuda; 2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3. Los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4. Los daños y perjuicios, cuando procedan.

*La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor».*

Por su parte, el artículo 1839 del Código Civil prevé la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor frente al deudor (acción subrogatoria):

«El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado».

La jurisprudencia ha declarado que la acción de reembolso contra el deudor y la acción subrogatoria son distintas, de ejercicio alternativo (no cumulativo), a elección del fiador (por todas, cfr. STS 761/2015, de 30 de diciembre), si bien esta *tesis dualista* no es pacífica en la doctrina. Siguiendo a CASTILLA BAREA<sup>6</sup>, para un grupo de autores cada vez más nutrido, los artículos 1838 y 1839 solo prevén una acción: la de reembolso, a cuyo servicio se pone la subrogación del fiador en los derechos que acompañan al crédito. Así, la subrogación es complemento del derecho que nace en cabeza del propio fiador por efecto del pago. Coincido con esta tesis monista, ya que, entre otras razones, la dualidad de acciones suscita problemas importantes de articulación procesal, como señala el profesor CARRASCO<sup>7</sup>.

El derecho de reembolso del fiador no se limita a la cantidad satisfecha en lugar del deudor, sino que se extiende además a los intereses<sup>8</sup>, a los gastos ocasionados al fiador como consecuencia del pago<sup>9</sup> y a «*los daños y perjuicios, cuando procedan*», por lo que el fiador ostenta una mejor posición que cualquier otro tercero que pague por cuenta ajena conforme al artículo 1158 del Código Civil.

Según CASTILLA BAREA (*op. cit.*), la subrogación en el derecho real de hipoteca solo tiene lugar si los Fiadores pagan la totalidad de la deuda reclamada. En caso de pago parcial, la subrogación en el crédito también es parcial, aplicándose la norma del artículo 1213 del Código Civil. Esta situación de parcialidad no puede extenderse a las garantías reales, por ser estas indivisibles, de modo que el fiador no puede subrogarse en la hipoteca si paga solo parte de la deuda.

La finalidad del artículo 1852 es, por tanto, garantizar que el fiador puede ejercitar la acción de reembolso en su dimensión subrogatoria:

*«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».*

Tradicionalmente, esta forma de extinción de la fianza se ha denominado *excepción de cesión de acciones*<sup>10</sup>.

Citando a GARCÍA GOYENA, «*por ser la subrogación de Derecho, si no puede realizarse por el hecho o culpa del acreedor, no debe a este ser permitido perseguir al fiador: la regla de derecho es que a cada cuál daña su culpa y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición*»<sup>11</sup>. CASTILLA BAREA señala que «*la finalidad [del artículo 1852 CC] es proteger la subrogación que, a tenor del artículo 1839 del Código Civil, se produce de pleno derecho en el pago del garante, por lo que puede considerarse como una consecuencia de la misma, lo que supone la posibilidad de que el fiador ejerza efectivamente la vía de regreso*»<sup>12</sup>.

En la Sentencia, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 1852 como una suerte de responsabilidad objetiva del acreedor por la conservación de las garantías. Para que opere la sanción prevista en dicho artículo (i.e., la extinción de la fianza) no exige que la conducta del acreedor *haya buscado deliberadamente* causar un perjuicio al fiador, pues el artículo 1852 no supone, según el Tribunal Supremo, un juicio de ilicitud o antijuridicidad.

## II. LIMINAR: SOBRE EL ESPÍRITU DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO FRENTE AL DEUDOR PRINCIPAL

Para el TS, la *cuestión nuclear* (sic) es si la solicitud de cancelación de cargas por el acreedor supone un hecho imputable a aquel que impide el derecho de subrogación del fiador.

GUILARTE ZAPATERO en sus comentarios al artículo 1852 del Código Civil, señala:

«Respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por las posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquella, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación». [...] La extinción de la fianza debe producirse también cuando, con intervención del acreedor, tiene lugar la pérdida o desaparición de bienes o elementos del patrimonio del deudor, que configuraban su activo y su capacidad para responder y, consecuentemente, esta desaparece»<sup>13</sup>.

Como vemos, este autor habla de la capacidad *del deudor* para responder frente al fiador. Por su parte, CASTILLA BAREA (*op. cit.*) habla del deber de conservar los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor sobre *el patrimonio del deudor*. A juicio de esta autora, la finalidad del artículo 1852 es que el patrimonio del deudor «no le sea fraudulentamente escamoteado» al fiador. En el mismo sentido, para LACRUZ BERDEJO, el artículo 1852 busca evitar que el fiador sea privado de medios útiles *para hacerse pagar por el deudor*<sup>14</sup>. También para CARRASCO (*op. cit.*, p. 203) «el artículo 1852 del Código Civil se aplica a supuestos en que el perjuicio [afecta] a la posibilidad económica de ejercer con éxito una acción de regreso contra el deudor».

Es decir, el deber de conservación que el artículo 1852 impone al acreedor se refiere al patrimonio *del deudor*. La solicitud de cancelación de la primera hipoteca es posterior a la adjudicación del bien hipotecado (y, por tanto, posterior a que este saliese de la esfera patrimonial del deudor para integrarse en la del acreedor). No sería razonable que la ley impusiera al acreedor un deber de conservación sobre bienes de su propio patrimonio para que el fiador pueda cobrarse con ellos la misma cantidad que acaba de pagarle.

La acción de reembolso que el Código Civil brinda al fiador es exclusivamente frente al deudor principal, y frente a nadie más (mucho menos, por lógica, frente al propio acreedor). La propia sentencia parece admitir esto cuando en su fundamento jurídico sexto afirma:

«[E]l fiador que paga se convierte por este hecho en acreedor del deudor principal, a fin de evitar, como señala la doctrina más autorizada, un injustificado enriquecimiento del deudor».

Sin perjuicio de que posteriormente nos detengamos en el análisis jurídico de la solicitud de cancelación de cargas, bajo nuestro punto de vista, falta la premisa básica para aplicar el artículo 1852, puesto que, cuando se produjo la solicitud, el inmueble ya no pertenecía al deudor.

## 2. BREVE REDUCTIO AD ABSURDUM

El Tribunal Supremo concluye que el Banco debió mantener en vigor la hipoteca de primer rango (frente a sí mismo, como tercer poseedor) si quería preservar la garantía personal de los Fiadores.

Lo que se sigue de este razonamiento es que los Fiadores, tras pagar el primer préstamo, habrían podido subrogarse en la hipoteca, e instar la ejecución sobre la finca en reclamación de las cantidades previstas en el apartado anterior. En dicha ejecución hubieran sido codemandados la Deudora y el Banco (este último en su condición de tercer poseedor —*rectius*, titular sobrevenido de la finca—). En semejante escenario, el Banco hubiese tenido dos opciones:

- a) enervar la ejecución, devolviendo a los Fiadores la cantidad reclamada por estos, o bien
- b) perder la finca (que se acababa de adjudicar en pago del segundo préstamo), mediante su venta a terceros en subasta o su adjudicación a los Fiadores en pago de la cantidad reclamada.

En ambos casos, el Banco estaría devolviendo lo recibido por el primer préstamo con el pago en especie recibido por el segundo. El Banco tendría acción frente a la Deudora por la cantidad devuelta a los Fiadores<sup>15</sup>, de escasa o nula utilidad, dada la insolvencia de aquella. A continuación, ilustraré con un ejemplo numérico (basado en un caso real) cómo la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 1852 podría llegar a afectar a un escenario propio del mercado de préstamos fallidos.

Supongamos que un fondo de inversión adquiere (a través de una sociedad constituida a tal efecto —*LoanCo*) todo el crédito impagado que un banco español mantiene frente a una sociedad-vehículo o *SPV*<sup>16</sup> de un grupo promotor. *LoanCo* compra el crédito con un descuento del 25% sobre el saldo pendiente de pago. El crédito se estructura de la siguiente forma:

- i) Préstamo 1: originado en 2005. Saldo vivo actual de 15 millones de euros. Garantía hipotecaria de primer rango sobre un suelo urbanizable en Estepona (único activo de la sociedad deudora). Valor de la finca a efectos de subasta: 40 millones.
- ii) Préstamo 2: originado en 2007. Saldo vivo actual de 10 millones de euros. Garantía hipotecaria de segundo rango sobre la misma finca. Valor de subasta: 30 millones.

Valor de mercado actual del suelo (en 2022): 15 millones de euros.

El primer préstamo, además, está garantizado por otra sociedad (que a su vez es el socio único de la deudora, con idénticos administradores, y participadas en última instancia por la misma persona física). Esta fianza se configura como garantía a primer requerimiento, con renuncia expresa al beneficio de excusión. El segundo préstamo no está afianzado.

*LoanCo* ha pagado un total de 18,75 millones de euros (75% del saldo vivo de la deuda total) por subrogarse en la posición acreedora del banco frente a las sociedades deudora y fiadora. Su expectativa de ganancia está en (i) el valor del suelo, que espera adjudicarse en ejecución; más (ii) la cantidad que consiga recuperar de la sociedad fiadora (asumiendo que la deudora es insolvente).

Dado el menor valor de subasta previsto en la escritura de la segunda hipoteca, LoanCo opta por ejecutar esta primero (igual que el Banco en nuestro caso de estudio). Tras una subasta sin postores, cede el remate a su sociedad-vehículo española (REOCo), la cual se adjudica la finca<sup>17</sup>. No existe consolidación de derechos respecto de la primera hipoteca, al ser la adjudicataria una entidad distinta de la acreedora. LoanCo no solicita la cancelación de la primera hipoteca, que, por tanto, sigue inscrita a su nombre.

Una vez adjudicado el suelo, LoanCo reclama a la fiadora la deuda bajo el primer préstamo. La fiadora paga la cantidad reclamada, y se subroga en la hipoteca de primer rango, que ejecuta en reclamación de los 10 millones recién abonados. REOCo debe devolver a la fiadora esta misma cantidad para enervar la ejecución y liberar la finca.

El resultado final es el siguiente:

- i) Inversor (LoanCo / REOCo): pagó 18,75 millones al banco vendedor. Ha adquirido un suelo que vale 15, más 10 millones en efectivo que ha tenido que devolver. Pérdida neta: 3,75<sup>18</sup>.
- ii) Deudor / Fiador (entidades del mismo grupo): debían en total 25 millones y eran propietarias de un suelo que valía 15 millones. Han perdido el activo, pero los pagos netos realizados son cero (por compensación entre lo pagado y lo devuelto), y han quedado completamente liberadas de la deuda (asumiendo que la sociedad deudora se declara en concurso y este concluye por insuficiencia de masa). Ganancia neta: 10 millones.

Estaríamos ante un caso claro de enriquecimiento injusto, proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

En sentencia posterior (STS 363/2021, de 26 de mayo), el Alto Tribunal ha descrito el fundamento del artículo 1852 como «una concreción del deber de buena fe, en cuanto que el acreedor no debe perjudicar la vía de regreso del fiador cuando [...] la cobertura del riesgo del acreedor sea compatible con la conducta atenta a los intereses del fiador». En un caso como el de estudio parece difícil defender que el acreedor deba situarse en la disyuntiva que acabamos de describir si quiere conservar la fianza. Citando una vez más a CASTILLA BAREA, «en los casos en que, por su propia naturaleza, suscite dudas si la conducta del acreedor debe considerarse relevante o no a efectos del artículo 1852 del Código Civil, se ha propuesto (CARRASCO — Tratado de los Derechos... vid. pp. 197-198) una regla general, que consiste en no perder de vista que el interés del fiador no ha de anteponerse al del acreedor, de modo que se estime que este debe adoptar medidas conservativas o ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, ni dejar de realizar los actos que le aseguren a él directamente su posición, puesto que en todo caso la fianza se constituye para evitar al acreedor los costes que todas estas actuaciones suponen».

### III. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### 1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS «HECHOS DEL ACREEDOR»

Hemos expuesto cómo el Código Civil exige para la extinción de la fianza un «hecho del acreedor» que impida al fiador subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios que aquel tiene frente al deudor principal. Es conveniente hacer un

repaso de lo que la jurisprudencia ha entendido históricamente por «*hechos del acreedor*»<sup>19</sup>.

La STS de 31 de marzo de 1927 hace referencia a la necesidad de un «*hecho personal y directo*» del acreedor que haga imposible que los fiadores puedan utilizar sus derechos. La STS de 7 de octubre de 1933 condiciona la liberación a que exista actividad o acción del acreedor, «*no bastando cualquier falta de diligencia o actividad*». La STS de 7 de octubre de 1942 se refiere a un caso de cooperación activa del acreedor en la situación de insolvencia de la sociedad deudora. En la STS de 10 de junio de 1966, la fiadora (esposa del deudor) quedó privada del derecho a subrogarse en la posición del acreedor pignoraticio (en una prenda sin desplazamiento sobre la industria de fabricación de calzados de los code-mandados), pues el acreedor transmitió el crédito sin guardar las solemnidades para trasmitir también la garantía pignoratica, de forma que esta desapareció, debiendo quedar liberada la fiadora, al tratarse de un acto del acreedor en su modalidad omisiva. La STS de 1 de marzo de 1983 insiste en la exigencia de actividad, acción y hechos, y considera que no basta cualquier falta de diligencia. La STS de 28 de febrero de 1985 considera que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos y añade que: «*ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se hayan visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal*». La más reciente STS de 26 de mayo de 2021 destaca que la condición del acreedor de persona especialmente relacionada con el deudor que determina la subordinación de su crédito y la pérdida de las garantías frente al deudor no se trata de un hecho del acreedor que releve al fiador de sus obligaciones<sup>20</sup>.

En su sentencia 409/2002 de 8 de mayo, el Tribunal Supremo exigió «*un hecho positivo o negativo consistente en una abstención de lo que legítimamente se debía llevar a cabo, sin que baste la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación*». Declaró que no procede la liberación cuando se trata de un único préstamo garantizado a la vez con hipoteca y fianza: «*La subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su crédito, o cobra parte del mismo*». También las SSTS de 27 de octubre de 1993 y de 29 de noviembre de 1997 apreciaron que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de este, puntualizando que no se infringe el artículo 1852 aunque no se comunique la ejecución hipotecaria al fiador. En otras palabras, si en nuestro caso el Banco hubiese ejecutado la hipoteca de primer rango, habría podido continuar la ejecución frente a los Fiadores por la cantidad no cubierta, sin necesidad de mantener la hipoteca inscrita en el Registro<sup>21, 22</sup>.

El precedente más cercano en la jurisprudencia del TS, y el más relevante para el análisis por la similitud con nuestro caso, es la STS 470/2007, de 4 de mayo. En aquella ocasión, el acreedor (Banesto) también contaba con hipoteca de primer rango sobre una finca en garantía de un préstamo titulado frente a un matrimonio, y afianzado solidariamente por otro matrimonio. La entidad bancaria promovió juicio ejecutivo por razón de otro préstamo personal (sin hipoteca) concedido a los mismos prestatarios. En el marco de dicha ejecución se produjo el embargo de la finca hipotecada, y su posterior adjudicación en subasta al acreedor. Además, ante el impago del préstamo hipotecario, el acreedor interpuso demanda ejecutiva frente al matrimonio prestatario y frente a uno de los fiadores solidarios. Este último consignó la cantidad por la que se había despachado ejecución (unos 10,2 millones de pesetas). En consecuencia, el juzgado dictó una providencia declarando la subrogación del fiador en el

crédito hipotecario. El banco entonces interesó la nulidad de la subrogación, al haberse extinguido la hipoteca por consolidación tras la adjudicación en la subasta derivada del embargo. El fiador formuló demanda reconvencional para que se le declarase retroactivamente libre de su obligación derivada de la fianza solidaria, y se condenase al banco a devolver la cantidad percibida. El juzgado estimó la demanda principal, declarando la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación y la nulidad de la subrogación. Pero también estimó la demanda reconvencional (declarando extinguida la fianza) y condenó a Banesto a devolver los 10,2 millones de pesetas, junto con los intereses legales. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia en todos sus términos. Banesto formuló recurso de casación, que el Tribunal Supremo estimó con los siguientes razonamientos:

*«La consolidación es un modo de extinguir el derecho real limitativo del dominio cuando concurren en la misma persona las titularidades del derecho real pleno —propiedad— y del derecho real limitativo, que produce la extinción de este último. [...] Aquí BANESTO adquiere la propiedad de la finca por el auto de adjudicación de 12 de julio de 1996 y queda extinguido el derecho real de hipoteca cuya titularidad también ostentaba. Tras tal consolidación, inicia el juicio ejecutivo (3 de noviembre de 1996) en el que el fiador solidario don Francisco paga, sin poder subrogarse en el derecho real de hipoteca porque se ha extinguido el mismo y sí se subroga en el crédito contra el deudor principal. [...]»*

*«En el presente caso, la actuación del banco demandante no constituye hecho por el que el fiador no pueda quedar subrogado en el crédito. La hipoteca fue ejecutada en otro proceso — por razón de embargo — y se extinguió por consolidación. Dicha entidad bancaria era titular de dos derechos de crédito distintos, se ejecuta un embargo primero y un crédito garantizado con hipoteca después. El fiador paga el crédito y se subroga en el crédito, pero no en el derecho real de hipoteca [porque] esta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obstativo del acreedor, sino que este, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación. [...]»*

*«[E]l hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en él la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que BANESTO, que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro (hipotecario), pero la hipoteca estaba ya extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta».*

Se trata de una decisión radicalmente opuesta a la de la sentencia que comentamos. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que su jurisprudencia sobre el artículo 1852 no ha variado respecto de este precedente de 2007, ya que el supuesto fáctico es *diferente*. Con el máximo respeto, no podemos estar de acuerdo con el Tribunal: en ambos casos la primera hipoteca se había extinguido por consolidación en un procedimiento anterior, y en virtud de una relación jurídica distinta (en un caso, la ejecución de un préstamo sin garantía, y en otro, la de un préstamo hipotecario de segundo rango). Bajo el criterio aplicado en 2007, no cabe entender que estemos ante un hecho merecedor de la sanción del artículo 1852 del Código Civil.

Las diferencias que la sentencia señala respecto de la STS de 4 de mayo de 2007 para llegar a conclusiones distintas son las siguientes:

- i) En nuestro caso, se ejecutó antes el préstamo cuyo impago fue posterior en el tiempo;
- ii) El segundo préstamo se había concedido para ser destinado a la cancelación del primero.

Sinceramente, no entendemos por qué la primera circunstancia es relevante. Nuestro Derecho no contiene norma alguna, procesal o sustantiva, que obligue a reclamar las deudas por su orden de impago. Tampoco creemos que tal conducta pueda entenderse derivada de la previsión general de buena fe del artículo 1258 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que nada impedía a los Fiadores hacer uso de la institución del pago por tercero (art. 1158) y pagar el 100% de lo adeudado bajo el préstamo de primer rango antes de que la ejecución se dirigiese contra ellos<sup>23</sup>. De este modo hubieran podido subrogarse en la hipoteca de primer rango, que habría permanecido en vigor, ya que el acreedor no se habría adjudicado el bien. En este sentido, debemos citar de nuevo a CARRASCO (*op. cit.*): «*el fiador no se libera si hubiera podido evitar el perjuicio [...] interviniendo por su cuenta en el proceso en que se perdió la garantía, o ejercitando la acción de relevación o cobertura del artículo 1843*».

Ejecutar segundas hipotecas es una estrategia procesal que no solamente es lícita, sino perfectamente común. Máxime considerando la doctrina que la DGSJFP mantiene desde 2016 en relación con los valores mínimos de adjudicación para subastas sin postores<sup>24</sup> y que el Tribunal Supremo ha validado *obiter dicta* en su sentencia de 15 de diciembre de 2021 (si bien declara que los registradores no tienen competencia para examinar el valor de adjudicación fijado en el decreto)<sup>25</sup>. A la fecha en que se escriben estas líneas (octubre de 2022), el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia prevé una reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC») para reflejar dicho criterio (esto es, que el valor de adjudicación no pueda ser inferior a determinados porcentajes del valor de subasta, de forma que, si la deuda total es inferior, el acreedor debería cubrir la diferencia en efectivo). Es lógico, por tanto, que los acreedores opten por ejecutar segundas o ulteriores hipotecas, ya que estas con frecuencia reflejan valores de subasta más bajos, al descontar el importe de las cargas precedentes.

En cuanto a la segunda cuestión, este tipo de fórmulas son habituales en las operaciones de reestructuración de deuda. Responden a necesidades contables de las entidades financieras, que evitan así clasificar el primer préstamo como en situación de mora, con la consecuente dotación por pérdidas. Más allá de esto, es una entelequia pensar que el acreedor puede aplicar unos fondos concedidos por él mismo para repagar una deuda anterior, de la que es también acreedor. La Deudora debía la cantidad total prestada (esto es, la suma del dinero concedido inicialmente más el importe concedido con posterioridad, que quedó depositado en una cuenta de la que era titular la Deudora). Si el Banco efectivamente hubiese destinado el segundo préstamo a cancelar el préstamo precedente, habría cancelado todas las garantías del primer préstamo (hipoteca de primer rango y fianza), pues aquel *formalmente* quedaría extinguido y con él, sus derechos accesorios. Esto carecería de sentido, y sería contrario al espíritu de cualquier reestructuración, cuyo objetivo siempre es otorgar nuevas garantías y robustecer o ratificar las existentes.

Todo esto lleva a pensar que podrían ser otros los motivos que llevaron al Tribunal Supremo a cambiar su doctrina respecto de 2007. De ello nos ocuparemos en el último apartado.

## 2. SOBRE EL ÁNIMO DEFRAUDATORIO

Fuera de la jurisprudencia del Alto Tribunal, destaca la SAP de Madrid 197/2015, de 18 de mayo: «sostiene la apelante [fiadora] que la actora [acreedor garantizado] se allanó a la acción de rescisión planteada por la Administración Concursal y con dicho allanamiento voluntario perjudicó los derechos de los fiadores en vía de regreso. Este motivo igualmente debe decaer, puesto que la rescisión de la hipoteca no tuvo lugar por el allanamiento, sino en virtud de la sentencia recaída en el incidente concursal, instado por la Administración Concursal [...]» «Por otra parte, la rescisión de la hipoteca no perjudica los derechos de ejercicio de la acción en vía de regreso, puesto que la hipoteca se hubiera extinguido en caso de ejecución». Por su parte, la SAP de La Coruña 539/2006, de 15 de diciembre, declara que el hecho del acreedor que impida la subrogación del fiador: «puede ser positivo como negativo, si bien se destaca que no bastará una simple inercia o abstención, si no va acompañada de un deber de actuar, es decir, que, si de una actividad de tal clase resulta perjuicio para las garantías existentes, entonces concurriría el supuesto de hecho de la sanción jurídica extintiva de la fianza contemplada en el meritorio 1852 [...]»<sup>26</sup>.

Como vemos, la jurisprudencia viene exigiendo un cierto grado de intencionalidad o negligencia en la conducta del acreedor, sin que baste la mera acción u omisión que conlleve un empeoramiento objetivo de la posición del fiador. Por el contrario, la sentencia que comentamos reduce la exigencia a un «nexo causal directo (relación de causa-efecto)» entre la conducta del Banco y la imposibilidad de los Fiadores de subrogarse en la hipoteca.

Además de la citada STS de 4 de mayo de 2007, solo tenemos constancia de un precedente verdaderamente análogo (que no idéntico) al de nuestro caso de estudio. Se trata de la SAP de Barcelona 319/2014, de 20 de junio (también se trata de dos hipotecas sobre un mismo inmueble, estando solamente la de primer rango avalada por fiadores). El Banco ejecutó directamente la fianza que garantizaba el primer préstamo, y la hipoteca de segundo rango relativa al segundo préstamo. Los fiadores opusieron la extinción de la fianza invocando el artículo 1852 del Código Civil. Alegaron que la actuación del Banco había sido fraudulenta, al postergar la ejecución hipotecaria de la deuda anterior en el tiempo (y más voluminosa) a la adjudicación del bien por el importe de la segunda deuda. En aquella ocasión, el adjudicatario de la finca había sido una sociedad íntegramente participada por el Banco, por vía de cesión de remate. La Audiencia falló a favor de la liberación de los fiadores, al apreciar indicios de fraude en la conducta del Banco, y una voluntad de perjudicar a los obligados. El Banco había cedido el remate a su filial, había cancelado la hipoteca (por renuncia abdicativa), no había reclamado al deudor el remanente bajo el segundo préstamo, y había ejecutado directamente contra el fiador por el primero. La Audiencia razona que el comportamiento procesal aparentemente normal del Banco «deja de ser legítimo cuando no hay razón que lo justifique y sí, por el contrario, indicios de que se persigue una voluntad de perjudicar al sujeto pasivo». Con respecto al hecho de que la segunda hipoteca no estuviese afianzada, apunta que «no es desdenable la tesis de la parte actora según la cual esa carencia de garantes personales fue deliberada para propiciar lo que luego iba a ocurrir, ya que es ilógico desde el punto de vista de la prudencia bancaria que [el banco] renunciasen en mayo de 2007, cuando ya eran patentes las dificultades de los prestatarios para atender a la primera financiación, al aval personal de los señores Valentina / Florentino».

Prosigue la Audiencia: «*Dicha inexplicada conducta solo encuentra justificación en la estrategia procesal tramada por el acreedor hipotecario encaminada a obtener un beneficio indebido a costa de perjudicar gravemente a los fiadores del siguiente modo: 1.% anteponiendo la reclamación de la deuda inferior y al amparo de la segunda proposición del artículo 671 LEC (adjudicación por lo que se debe "por todos los conceptos"), [el Banco] se hizo con la finca hipotecada por un valor ínfimo, de apenas el 10% del valor de tasación, cuando de haber reclamado la deuda más importante la adjudicación por esa vía habría cubierto aproximadamente el 50% del primitivo valor de tasación; 2.% consciente de las dificultades económicas del deudor principal del préstamo cuantitativamente más relevante y más antiguo, en la reclamación de esa deuda, [el Banco] dejó de ejercitar la correspondiente acción real obteniendo con ello la traba de bienes propiedad de los fiadores, reforzando así la presión sobre los mismos para el cumplimiento de la obligación afianzada y situándolos en una posición muy similar a la que trata justamente de prever el artículo 1852 del Código Civil; 3.% evitando la realización de la primera hipoteca pese a que, de haberla promovido y ante una eventual ausencia de postores en la subasta, el acreedor habría podido extinguir por completo la deuda ya que el valor de tasación se correspondía aproximadamente con la mitad del importe de esa deuda»*

En la misma línea, la STS 409/2002 (antes citada) señaló que «*el artículo 1852, en relación con el 1830, ambos del Código Civil, tratan de evitar que por cualquier medio, como puede ser el acuerdo entre el acreedor y el deudor, se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena»*.

Como vemos, en ambas resoluciones resultó determinante el *animus nocendi* del acreedor respecto del fiador.

Por el contrario, la sentencia que aquí comentamos señala en su fundamento jurídico octavo:

«*Al margen de si el conjunto de tales actuaciones estaba o no predeterminado a ocasionar de forma voluntaria y consciente un perjuicio al fiador, lo que ahora no es preciso prejuzgar pues no resulta determinante a estos efectos, ya que la aplicación del artículo 1852 del Código Civil no presupone necesariamente un juicio de ilicitud o antijuridicidad de la conducta del acreedor, sino una infracción a su deber de diligencia en la conservación de la garantía [...]»*.

Las diferencias en la fundamentación con la jurisprudencia previa son claras: la sentencia *objetiviza* el presupuesto del artículo 1852, desligándolo de todo elemento intencional y crea una tacha de ilicitud respecto de las ejecuciones de segundas y ulteriores hipotecas y (más en concreto) respecto la subsiguiente solicitud de cancelación de la primera hipoteca. Para el TS, dicha solicitud determina la liberación de los fiadores que garantizan los préstamos hipotecarios de primer rango.

#### IV. NATURALEZA DE LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE CARGAS

##### 1. ANÁLISIS JURÍDICO-SUSTANTIVO

###### A) *La consolidación de derechos*

Como hemos adelantado, no queda claro si en nuestro caso de estudio la sociedad que adquirió la finca hipotecada fue el Banco o una sociedad filial

por vía de cesión de remate. La sentencia no parece dar importancia a este extremo (tampoco la sentencia de apelación recurrida). De manera que llevaremos a cabo nuestro análisis asumiendo que fue el propio Banco quien adquirió el bien, y concurrieron en la misma persona jurídica la doble condición de acreedor hipotecario y de titular de la finca. Partiendo de esta premisa, para analizar la naturaleza de la solicitud de cancelación por el Banco, lo primero que hemos de preguntarnos es si la consolidación opera de manera automática desde que concurren en el Banco la condición de acreedor hipotecario y de titular del bien hipotecado o si, por el contrario, se produce con la solicitud de cancelación.

El Código Civil (que se caracteriza por su regulación fragmentaria), trata la extinción por consolidación únicamente respecto del usufructo (art. 513) y la servidumbre (art. 546)<sup>27</sup>. En ambos casos, la extinción se produce desde el momento en que el derecho real limitado y la propiedad «se reúnen en la misma persona».

En el precedente de 2007 (citado *supra*) el Tribunal Supremo consideró que la extinción de la hipoteca por consolidación tiene lugar *ope legis* desde que concurren en la misma persona la condición de acreedor hipotecario y de titular del bien hipotecado. Si compartimos esta visión, es evidente que no fue la solicitud del Banco lo que extinguió la garantía. La adquisición de la propiedad se produce con la expedición del testimonio de adjudicación, por lo que este hito procesal determina la consolidación de derechos y la consecuente extinción de la hipoteca<sup>28</sup>. De modo que la solicitud de cancelación no puede calificarse como un hecho del acreedor a efectos del artículo 1852 pues (citando la STS 577/2002, de 14 de junio), «el nexo causal entre hecho del acreedor e imposibilidad de subrogación es un requisito unánimemente exigido por doctrina y jurisprudencia para la liberación del fiador fundada en el artículo 1852 del Código Civil». Al solicitar la cancelación de la carga, el Banco solamente habría interesado la constancia registral de una realidad jurídica preexistente.

La SAP de Barcelona de 20 de junio de 2014, antes citada, también parece ir en esta línea. Como avanzamos, en aquella ocasión, el acreedor utilizó una estructura similar a los esquemas LoanCo - REOco: el banco ejecutante (Ibercaja) cedió el remate a una filial inmobiliaria (IC Inmuebles), por lo que no hubo consolidación:

*«La realización judicial de la segunda hipoteca, en mayo de 2007, no produjo la extinción de la primera, ya que el adjudicatario de la finca hipotecada no fue el propio acreedor, sino un tercero, que goza de plena personalidad jurídica [sobre este punto volveremos en el último apartado]. La extinción de la primera hipoteca por consolidación ciertamente hubiera tenido lugar en el caso de que la adjudicación del inmueble objeto de los autos 49/2009 se hubiese realizado en favor de Ibercaja, titular de ambas hipotecas y acreedor en los dos casos; pero comoquiera que esa adjudicación se hizo finalmente [...] en favor de IC Inmuebles, sociedad distinta de Ibercaja, encargada de la gestión de sus activos inmobiliarios, es indudable que no concurre la identidad entre propietario del bien y titular de la hipoteca que caracteriza la figura de la consolidación, modo específico de extinción de los derechos reales limitativos del dominio. El hecho de que la adjudicación en favor de IC Inmuebles se produjera tras una cesión por parte del acreedor no altera las cosas, puesto que el ejercicio de dicha facultad transmisiva, de la que solo goza el ejecutante acreedor (art. 647.3, segundo párrafo, LEC) acarrea que la transmisión forzosa del dominio de la finca tenga lugar directamente del hipotecante al cessionario, sin titularidad intermedia alguna en favor del adjudicatario cedente».*

Al igual que la STS de 4 de mayo de 2007, la AP de Barcelona sitúa el hecho determinante de la consolidación en la adjudicación, y aclara que, si Ibercaja se hubiese adjudicado el bien directamente en lugar de cederlo a una filial, si se habría producido la consolidación (y con toda seguridad en ese caso la AP no habría fallado a favor de la liberación del fiador).

Con la sentencia, el Tribunal Supremo modifica su doctrina respecto del momento en que se extingue la hipoteca preferente. El «*hecho del acreedor*» que sanciona con la extinción de la fianza no es propiamente haber ejecutado la segunda hipoteca, sino haber promovido la cancelación de la hipoteca de primer rango una vez adjudicado el inmueble, mediante solicitud dirigida al juzgado.

#### *B) La «hipoteca de propietario» y su inadmisibilidad en el Derecho español*

La sentencia declara que la extinción de los derechos reales por consolidación (derivada del principio *nemine res sua servit*) «*no carece de excepciones que encuentran su fundamento en razones de protección de un interés superior*». Recurre a la figura de la «*hipoteca de propietario*» propia del Derecho germánico, la cual considera admisible en determinadas circunstancias también en nuestro ordenamiento, pese a ser este último de tradición causalista y no reconocer los negocios abstractos.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua DGRN) se ha pronunciado en numerosas ocasiones en contra de la admisibilidad de la hipoteca de propietario. Destaca por todas su resolución de 9 de septiembre de 2013: ante la litigiosidad planteada sobre unas fincas vendidas, la vendedora había constituido hipoteca a favor de la compradora, en garantía de la restitución de las cantidades pagadas por la compradora. La DGRN rechaza esta posibilidad con el siguiente razonamiento:

*«La inscripción de la hipoteca a favor del comprador, en garantía de las cantidades pagadas por el precio de la compraventa, impuesta sobre la propia finca comprada, generaría una hipoteca de propietario proscrita en nuestro Derecho, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo. Y no puede alegarse que no exista confusión entre acreedor y deudor sobre la base de un sometimiento a una pretendida condición suspensiva de la hipoteca, dada la indeterminación de la pretendida condición suspensiva pactada, pues aunque se manifiesta en el recurso que la finalidad es protegerse frente a los efectos derivados del ejercicio del derecho de tanteo, lo cierto es que en la escritura no se especifica la causa posible de resolución que determinaría el nacimiento de la obligación garantizada, limitándose a señalar que lo es “la resolución de la compraventa por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por el comprador”».*

El propio TS, en sentencia de 30 de enero de 1999 (en la que negó la liberación del fiador), señaló:

*«Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario, el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos. El acreedor hipotecario ostenta un especialísimo “ius disponendi” al coincidir en la misma persona la facultad desgajada (que dio nacimiento al derecho real limitado de hipoteca) y su haz totalizador de facultades sobre la cosa, el derecho limitado desaparece forzosamente,*

*al ser anegado por el derecho totalizador, dada la virtualidad expansiva del dominio residual. Por razón de haberse extinguido la hipoteca es por lo que se procede a la cancelación del asiento que reflejaba la constitución de este derecho real»*

En contra del criterio de la Dirección General (y de la línea previa del TS), la sentencia considera como manifestaciones de la hipoteca de propietario en España las siguientes:

i) La hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso, previstos en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH»), cuando los títulos vuelven a la entidad emisora: según la sentencia, si estos vuelven a ser transmitidos, ello revelaría que la hipoteca subsistió de alguna forma, transitoriamente, en la titularidad del propietario.

A esto hay que oponer cuanto señala la DGRN en su resolución de 31 de julio de 2014, respecto de una hipoteca cambiaria:

*«No es admisible el argumento del registrador referente al mero aletargamiento del derecho real durante el tiempo en que coinciden la titularidad de la propiedad y la hipoteca, ni puede admitirse que el derecho real reviva cuando vuelvan a disociarse las titularidades. Accesoria como es la hipoteca en cuanto nace en garantía de una obligación, ya sea de importe determinado o máximo, con la que se transmite y extingue, no puede existir la hipoteca sin crédito o de propietario, a modo de reserva de rango, para poder ser aplicada a cualquier otro crédito distinto del inicial, de forma que, extinguida la obligación actual, su futura existencia dependa absoluta y exclusivamente de la voluntad del hipotecante [...]»*

La DGRN declara igualmente que el régimen de circulación del crédito cambiario no puede impedir «la aplicación a la hipoteca, como garantía extracambiaria, de una configuración jurídica acorde a los principios reguladores de la legislación hipotecaria. Por lo tanto, no cabe en nuestro sistema mantener la hipoteca en garantía de letras de cambio que permanecen en manos de su acreedor, por cuanto se vulneraría flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario antes expresada». Apunta cómo, en las hipotecas cambiarias, la accesoriad respecto del crédito garantizado «es mucho mayor que en la hipoteca ordinaria». Y prosigue: «La reserva de rango que implica la llamada hipoteca de propietario ni siquiera es admisible en la hipoteca de máximo o en garantía de obligación futura, y si bien la especial configuración de las llamadas hipotecas globales o flotantes, admitidas al amparo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, implica una flexibilización mayor de los principios de accesoriad y determinación registral, ello no puede llevarse al límite de considerarlas meras garantías desvinculadas de las obligaciones aseguradas [...]»<sup>29</sup>.

ii) La hipoteca sobre la finca total si el acreedor hipotecario llega a ser titular de una cuota o de un piso por adquisición sobrevenida, dentro de una propiedad horizontal, en la que no se hubiese distribuido la responsabilidad hipotecaria, *ex* artículo 218 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»). Según la sentencia, existiría una hipoteca de propietario respecto dicha cuota o piso.

En nuestra opinión, el ejemplo plantea dudas, pues el acreedor que ya es titular de una cuota en un inmueble en ningún caso adquiere de nuevo la propiedad de esa cuota ideal si llega a ejecutar la hipoteca. Por lo que bien puede sostenerse que, en la práctica, la hipoteca sí se extingue respecto de dicha cuota. En todo caso, la no-cancelación de la hipoteca respecto de la cuota ideal sería, más que un argumento a favor de la hipoteca de propietario, una consecuencia del principio de indivisibilidad de la hipoteca (arts. 1860 CC y 122 LH). Nótese

que, si la responsabilidad hipotecaria estuviese distribuida, la hipoteca sobre el piso en cuestión sí se extinguiría.

iii) La herencia aceptada a beneficio de inventario, «que, conforme a la doctrina prevalente, permite la subsistencia de todas las relaciones jurídicas pendientes entre causante y heredero (art. 1192 CC), [aunque,] según otra opinión, solo impide la confusión o consolidación en daño del heredero, pero no la que se produce a su favor (art. 1023.2 y 3 CC)».

La regulación del beneficio de inventario (en adelante, «BdI») en el Código Civil es bastante escueta, siendo esta una figura de cuño eminentemente doctrinal y jurisprudencial<sup>30</sup>. Por su parte, el Código Civil de Cataluña (en adelante, «CCCat»), en su artículo 461-23, regula con algo más de detalle el llamado «beneficio de separación de patrimonios», que la legislación catalana hereda del Derecho romano:

«1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante.

2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas para hacerlo efectivo. [...]».

La doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del BdI han pergeñado una institución muy similar a la prevista por el CCCat: el BdI es una excepción a la configuración del heredero como sucesor inmediato en todos los bienes y deudas del causante sin limitación alguna de su responsabilidad, propia de los sistemas de *continuación de la persona*<sup>31</sup>. Es decir, ni el BdI ni el beneficio de separación suponen excepciones al criterio *nemine res sua servit*. Bien al contrario, establecen una separación de patrimonios como protección para el heredero que no desea soportar las deudas del causante. En el caso catalán, la protección se extiende además al acreedor que no desea ver el patrimonio hereditario contaminado por el del heredero (con fundamento similar al del derecho de oposición a la fusión que la ley concede a los acreedores cuyos créditos no se encuentran suficientemente garantizados)<sup>32</sup>. En suma: los artículos 1192 y 1023.3.º del Código Civil no contemplan que una persona pueda mantener derechos u obligaciones frente a sí misma. El BdI mantiene *separados* ambos patrimonios: los derechos y obligaciones del causante no entran en la esfera patrimonial del heredero en tanto no se haya pagado a los acreedores conforme al orden previsto en el artículo 1028. En sus trabajos sobre el patrimonio y la persona jurídica, DE CASTRO (a quien volveremos a citar más adelante) incluye entre los «*patrimonios separados*» el patrimonio en liquidación, del que la herencia aceptada a beneficio de inventario vendría a ser un ejemplo.

Por tanto, no podemos compartir el criterio del TS: el BdI no es una excepción a la extinción por consolidación: falta la premisa básica, ya que *no hay consolidación* (no puede haberla, pues los patrimonios se mantienen separados). Una vez solicitado el BdI, el remanente obtenido solo se confunde con los bienes privativos del heredero tras la liquidación de la herencia beneficiaria y el pago a los acreedores<sup>33</sup>.

iv) Los supuestos de cotitularidad. Según la sentencia, «para que se produzca la consolidación es necesario que todos los cotitulares adquieran la posición con-

*traria o viceversa que se adquiera el derecho que pertenecía a todos los cotitulares».* Cita como ejemplos aquellos casos en que solo uno de los condóminos adquiere el usufructo, o cuando el acreedor hipotecario adquiere por compra a pacto de retro la finca hipotecada durante la vigencia de este.

En lo que respecta al usufructo, la STS 496/2006, de 19 de mayo, explica este fenómeno al hilo de la no extinción por consolidación de un arrendamiento por la compra realizada por los arrendatarios respecto de la mitad indivisa del edificio correspondiente a los locales arrendados: *«Para explicar la naturaleza de la comunidad, la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de la "propiedad plurima total" (S. 28 mayo 1986), que se sintetiza en el reconocimiento a cada cotitular de un derecho de propiedad plena sobre la cosa, limitado por los derechos iguales de los demás [...]. Es perfectamente posible la concurrencia de una cotitularidad de una cuota-parte del edificio con la titularidad de un derecho de disfrute o uso privativo sobre alguna de sus partes cuando este derecho está fundado en un título válido e idóneo al efecto, y por ello la adquisición de la mitad indivisa del edificio no supuso la extinción del contrato de arrendamiento de la planta baja y piso primero izquierda».* Esta pervivencia del derecho real limitado no se explica por una excepción a la consolidación de derechos, sino más bien por el funcionamiento de la cotitularidad indivisa de inmuebles. Mientras no se produzca la división horizontal (en la que nacen nuevas fincas registrales que se corresponden con determinados espacios físicos), las cuotas ideales del edificio no equivalen a los locales del bajo, o del piso primero: como su nombre indica, son porciones *ideales* de una única finca, sobre la que se erige el edificio. El arrendador es la comunidad de bienes, y lo arrendado, un determinado espacio físico, cuyo titular sigue siendo la comunidad. Por tanto, pese a la adquisición por el arrendatario de la cuota ideal, no concurre en la misma persona la posición de arrendatario y arrendador (o de nudo propietario y usufructuario en el ejemplo de la sentencia), y por tanto no se da el presupuesto necesario de la consolidación.

En cuanto al acreedor hipotecario que adquiere el bien *pendente conditione*, o sujeto a un derecho real de comiso en garantía del pago del precio aplazado<sup>34</sup>: se trata de un caso de laboratorio, extremadamente improbable en la práctica, ya que no es habitual que un acreedor hipotecario esté interesado en adquirir la finca hipotecada con un pacto de retro (salvo error, no nos consta ningún precedente, ni tampoco sentencias o artículos que analicen dicho supuesto, por lo que no me parece claro que la hipoteca no se extinguiese en una situación así). Pero, incluso si aceptásemos que la hipoteca sobrevive a la adquisición por el acreedor mientras se dilucida si se cumple o no el supuesto desencadenante de la retroventa (o del ejercicio del derecho de comiso), no estaríamos ante una *«hipoteca de propietario»*: la hipoteca no podría garantizar otra obligación diferente de la que ya garantiza, de modo que dicho puesto no podría ser cedido a ningún otro acreedor (como sucedería si admitimos que el artículo 1852 mantiene viva la hipoteca del acreedor para que el fiador pueda subrogarse en ella por la cantidad pagada por cuenta del deudor).

v) Finalmente, la sentencia cita los supuestos de *«pago de la deuda por tercer poseedor con subrogación en el crédito hipotecario, y, en general, los supuestos en que se reúnen en una misma persona la condición de acreedor y la de dueño de la finca, en el caso de que sobre la finca recaigan otras hipotecas de inferior rango»*. Para ello recurre a una antigua sentencia de 11 de octubre de 1899. En aquella ocasión, tras la adjudicación de la finca por el acreedor titular de la hipoteca de rango preferente, el Tribunal Supremo negó al acreedor titular de la hipoteca

de tercer rango la posibilidad de hacer efectiva su hipoteca en el procedimiento correspondiente, so pretexto de evitar el enriquecimiento injusto de este último. De modo que el acreedor de peor rango solo puede reclamar lo que del valor real del inmueble «*sobrase después de pagados los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad al suyo*». Según el TS, este sería otro ejemplo de «*hipoteca de propietario*», en el que, «*con la subsistencia de la hipoteca [de primer rango] se pretende evitar el enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario de inferior rango*».

Pues bien, a ello hay que oponer que este antecedente (decimonónico por poco, pero decimonónico, a la postre) dista mucho de ser la regla vigente en nuestro Derecho. El Tribunal Supremo no ha vuelto a pronunciarse desde entonces en el mismo sentido. Por el contrario, la doctrina hipotecaria más autorizada sostiene taxativamente que nuestro sistema hipotecario es de «*avance de puestos*»; es decir, los acreedores posteriores mejoran su rango cuando la carga anterior se extingue por cualquier causa (salvo por la ejecución hipotecaria, en que las cargas posteriores se purgan por disponerlo así la LEC). Esto es así incluso, como recalca ROCA SASTRE<sup>35</sup> «*aunque la extinción tenga lugar por confusión de derechos, por adquirir el acreedor hipotecario de mejor rango la cosa hipotecada*». La DGRN dejó claro, entre otras, en su resolución de 21 de septiembre de 2018, que la dación en pago, incluso la homologada judicialmente, no conlleva la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que garantiza el préstamo saldado, «*pues ello no encuentra amparo en nuestro Derecho positivo*». En la práctica, los acreedores de rango preferente descartan la dación en pago cuando existen acreedores con cargas inscritas con posterioridad a la hipoteca, y optan por la ejecución de esta, asumiendo que de lo contrario tendría lugar el «*avance de puestos*» de dichas cargas posteriores, las cuales absorberían todo el valor de la cosa gravada. Por consiguiente, discrepamos radicalmente del TS: la hipoteca del acreedor que se adjudica el bien en pago se extingue con todas sus consecuencias, y en ningún caso subsiste como «*hipoteca de propietario*».

Del análisis de todos los ejemplos anteriores debemos concluir que nuestro Derecho no admite la «*hipoteca de propietario*» en ninguna de sus formas. Como hemos sostenido en trabajos anteriores, el principio de accesoria es una manifestación de la teoría de la causa en el Derecho de garantías<sup>36</sup>. Toda excepción a este principio (como sería la admisión de una hipoteca a nombre del titular del inmueble para garantizar un hipotético crédito futuro de un tercero —fiador— frente a otro tercero —deudor—) debe ser interpretada de manera restrictiva, y no debe presumirse en ningún caso. Por tanto, a falta de mención expresa, no cabe entender que de los artículos 1839 y 1852 del Código Civil nazca una «*hipoteca tácita*» en garantía del crédito futuro del fiador si este llegase a pagar toda la deuda por cuenta del deudor principal (ya hemos visto cómo el pago parcial no permitiría la subrogación del fiador en la hipoteca).

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO-REGISTRAL

Hemos razonado cómo no existe ninguna norma de Derecho civil sustancial que imponga la subsistencia de la hipoteca del acreedor como «*hipoteca de propietario*» para proteger la eventual subrogación del fiador. Ahora es preciso completar el análisis desde la perspectiva del Derecho registral.

A) *El artículo 76 de la Ley Hipotecaria*

El artículo 76 LH establece:

*«Las inscripciones no se extinguieren, en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona».*

Debemos preguntarnos si el artículo 76 LH crea esa situación de pendencia registral de la hipoteca que la sentencia atribuye a los artículos 1839 y 1852 del Código Civil, para proteger el derecho *in fieri* del fiador a subrogarse en las garantías y privilegios del acreedor. En otras palabras, debemos analizar si la LH instituye una reserva de rango indefinida de una hipoteca ya extinta, para que el fiador pueda «resucitarla» si en algún momento realiza el pago.

En función de la respuesta a este interrogante, tendremos también la respuesta a la gran cuestión que nos ocupa: esto es, si la solicitud de cancelación de cargas por el Banco fue lo que determinó la extinción de la hipoteca, o si, por el contrario, fue una mera formalidad para reflejar en el Registro una extinción que ya se había producido con la adjudicación de la finca.

No son pocos los autores que defienden que la hipoteca solo se extingue con su cancelación registral, en concordancia con la naturaleza constitutiva de su inscripción. ROCA SASTRE señala: *«la extinción de la hipoteca produce efecto entre las partes, aunque no figure cancelada su inscripción, pero la extinción de la hipoteca no produce efectos respecto de terceros protegidos por la fe pública registral, mientras no se cancele la inscripción. Así resulta de los artículos 76 y 144 de la ley [...] este resultado no es más que una consecuencia de la lógica institucional del principio de fe pública registral: constituye una aplicación concreta del mismo al derecho de hipoteca»*<sup>37</sup>. En la misma línea, GORDILLO CAÑAS: *«la vinculación de la hipoteca a la publicidad registral —quizá más exactamente: la supeditación a ella de su oponibilidad a terceros de buena fe— puede determinar que, respecto de tales terceros, la garantía real llegue a jugar desligada de lo que inter partes sea efectivamente la obligación asegurada»*<sup>38</sup>. El más contundente quizás sea GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *«si se ha constituido un gravamen hipotecario de treinta mil pesetas y el cessionario del crédito ha inscrito su derecho mediante los requisitos que señala nuestra ley, tendremos que aunque no exista deuda personal, aunque haya habido un sin número de equivocaciones, aunque la hipoteca originaria se haya pactado con falta de capacidad por el constituyente, aunque pongamos múltiples defectos en el acto de su constitución, y supongamos pagado el crédito total, el cessionario se prevaldrá de los principios hipotecarios para la ejecución, para la cesión, para todas las manifestaciones de su derecho subjetivo. Si la inscripción dice treinta mil pesetas, será inútil probarle que está equivocada, y por absurda que parezca la cesión de un crédito inexistente, la Ley Hipotecaria exige, para la seguridad del tráfico, que las treinta mil pesetas se entiendan transmitidas y que no se dé ninguna excepción no inscrita»*<sup>39</sup>.

En su día nos opusimos a este tipo de conclusiones con base, entre otros, en el criterio de la RDGRN de 24 de abril de 1991<sup>40</sup>. Esta resolución trataba del embargo de un crédito hipotecario ya pagado por el deudor, sin haber hecho constar la cancelación de la hipoteca en el Registro: *«[...] El adjudicatario del crédito, aunque el pago no se haya hecho constar en el Registro, no puede invocar a su favor lo dispuesto en los artículos 34 y 144 de la Ley Hipotecaria, porque, como aparece confirmado en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y 176*

*del Reglamento Hipotecario, no es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquella el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que, asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1.º, 2.º y 38 de la LH), con el carácter accesorio de la hipoteca y con la posibilidad de que esta sea constituida por un tercero sin conocimiento del acreedor».*

El hipotético crédito a favor de los Fiadores no había nacido cuando se canceló la hipoteca (pues los Fiadores no habían realizado pago alguno). Por tanto, se trataba de un derecho de crédito contingente e indeterminado. La *hipoteca de propietario* que el Tribunal Supremo considera que nace del artículo 1839 sería una hipoteca sujeta a condición suspensiva, de las previstas en el artículo 142 LH (variante de la hipoteca de máximo; cfr. RDGRN de 20 de junio de 2012). Parece difícil admitir que una hipoteca sujeta a condición, con todas las dificultades teóricas y prácticas que plantea (cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA)<sup>41</sup> pueda considerarse incluida tácitamente en un artículo del Código Civil. Existe la dificultad adicional de admitir una *reserva de rango con carácter indefinido*, sin sujeción a plazo hasta que se verifique (eventualmente) el cumplimiento de la condición.

La paradoja del fiador supone que, para mantener la fianza en vigor, el Banco, al ejecutar la segunda hipoteca, debió dejar subsistente una primera hipoteca *a favor de sí mismo*, sin poder cancelarla en tanto no se verificase un suceso incierto (esto es, el pago de toda la deuda por parte los Fiadores). De aceptar que esto fuese posible, y siguiendo a GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (*op. cit.*), si el Banco hubiese vendido la finca, no hubiera podido aplicar la retención o descuento del precio recogido en el artículo 118.2 LH, por desconocer el importe del crédito garantizado. Imaginemos que, tras la adjudicación, el Banco tardase más de dos años en cobrar el primer préstamo de los Fiadores, en vía de ejecución (supuesto totalmente plausible). Durante todo este tiempo, la subsistencia de la hipoteca convertiría el activo en ilíquido. Se estaría penalizando al acreedor con la indisponibilidad *de facto* del bien que se acaba de adjudicar. Además, ¿cuánto tiempo duraría esta protección? ¿Qué sucedería si los Fiadores no llegasen a pagar nunca? ¿O si solo pagasen parte de la deuda, no pudiendo subrogarse en la hipoteca (*vid supra*)? Son muchos los interrogantes en torno a esta *hipoteca de propietario* que generan un alto grado de incertidumbre.

#### *B) El artículo 190 del Reglamento Hipotecario*

Por su parte, el artículo 190 RH dispone:

*«Cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada.*

*Si la cancelación no se hubiere efectuado en la forma autorizada en el párrafo anterior, se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado»*

Tanto el artículo 76 LH como el 190 RH hablan de la «extinción» (de inscripciones y de derechos, respectivamente). Pero, si analizamos la redacción de este

último, la extinción del derecho por confusión es *previa* a la solicitud; esta última es una consecuencia de la extinción, y no al revés. El interesado (en nuestro caso, el Banco) solamente «*indica*» al registrador el asiento del que resulta la extinción. La citada RDGRN de 31 de julio de 2014 definió la instancia de la que habla el artículo 190 RH como «*una mera solicitud a efectos de que el registrador conozca y compruebe el cumplimiento del presupuesto legal que provoca la extinción del derecho a cancelar*». Por su parte, la RDGRN de 7 de febrero de 2012 dejó claro que la extinción del derecho de hipoteca por consolidación «*no resulta de la instancia [del art. 190 RH], sino del propio historial registral, que publica una misma titularidad para el dominio y para el derecho real de hipoteca (art. 1192 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010)*». Esta resolución asimila la solicitud prevista en el artículo 190 RH con la solicitud en instancia privada de la cancelación de una hipoteca, en los términos previstos del párrafo 5.º del artículo 82 LH: un acreedor no podría ejecutar una hipoteca caducada por transcurso del plazo de 20 años para el ejercicio de la acción hipotecaria, incluso cuando siguiese constando en el Registro. Por idéntica razón, el propietario de la finca debería poder enervar la ejecución de la hipoteca de primer rango instada por el fiador subrogado, oponiendo la extinción por consolidación<sup>42</sup>.

### C) *Antinomia y principio de especialidad*

Del análisis de los artículos 76 LH y 190 RH se concluye que entre ambos preceptos existe una relación de antinomia, respecto del momento y la causa de la extinción del derecho real.

Para BOBBIO, el principio de especialidad normativa (método de resolución de antinomias alternativo a los principios de jerarquía y temporalidad) se refiere a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia (que afecta a todo un género) a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. En otras palabras, *la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad*<sup>43</sup>. En nuestro caso, existe dicha relación de género a especie. El género (previsto en el artículo 76 LH) es la extinción de los derechos inscritos, en general, mientras que la especie (regulada en el artículo 190 RH) es la extinción por confusión (*rectius*, consolidación) de derechos. Por tanto, el criterio de especialidad debe desplazar al de jerarquía (que de otro modo impondría la prevalencia de la LH sobre el RH), como ha sostenido en varias ocasiones el Tribunal Supremo<sup>44</sup>.

La regla especial es la que mejor responde a la voluntad del legislador para el caso concreto. Tiene sentido, pues, que la norma a aplicar cuando la extinción se produce por consolidación del dominio sea el artículo 190 RH, que sitúa la extinción en el momento en que se produce la consolidación. Esta excepción al régimen general del artículo 76 LH se explica, precisamente, porque la máxima *nemina res sua servit* no admite excepciones en nuestro Derecho, como hemos expuesto antes al hilo de la llamada *hipoteca de propietario*.

En su fundamento jurídico séptimo, la sentencia señala que «[no cabe] estimar la extinción de la fianza si la pérdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal», y cita como ejemplo «*la purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango (art. 692.3 LEC)*». Tanto desde el punto de vista sustantivo como registral, consideramos que la extinción de la primera hipoteca se deriva de una disposición legal (el artículo 190 RH), de modo que la

solicitud de cancelación por el Banco no puede entenderse como un hecho del acreedor que libere al fiador.

## V. OTROS ARGUMENTOS CONTRA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1852 DEL CÓDIGO CIVIL

En este apartado recurriremos a dos razonamientos *a contrario* para reforzar la tesis de que la solicitud de cancelación de una primera hipoteca sobre un bien adjudicado al acreedor no constituye causa de extinción de la fianza.

### 1. DACIÓN EN PAGO

Imaginemos por un momento que la Deudora hubiese acordado la *datio in solutum* del inmueble a favor del Banco, en pago del segundo préstamo. Lo normal en estos casos es que el bien se transmita libre de cargas, pues estas se extinguen por consolidación. CASTILLA BAREA (*op. cit.*, 12629), apunta que este tipo de situaciones no pueden constituir un acto de los previstos en el artículo 1852, «*de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del citado artículo 1852 del Código Civil, que considera que el acreedor originario tiene plena libertad para ejecutar en su beneficio la garantía real, sin que ello pueda considerarlo el fiador como un acto nocivo a los efectos de la norma en cuestión*». Lo mismo cabría afirmar de un pacto marciano por el que el Banco y la Deudora hubiesen acordado la venta del bien a terceros, que necesariamente debería hacerse libre de cargas (por ejemplo, en el marco del convenio de realización de garantías que prevé el art. 640 LEC).

Estos escenarios son, en sus efectos, idénticos a la ejecución de la segunda carga, de manera que también debería serlo su consecuencia jurídica.

### 2. EL TRATO AL HIPOTECANTE NO DEUDOR (O CÓMO LA PARADOJA DEL FIADOR NO SE DA A LA INVERSA)

La STS 18/2009, de 3 de febrero, declara que no es aplicable por analogía al hipotecante no deudor lo previsto para el fiador en el artículo 1852, en caso de que se libere al fiador de sus obligaciones. Es decir, el hipotecante no deudor no goza del mismo beneficio que el fiador si ve cercenado su derecho de subrogación *ex artículo 1210.3.º del Código Civil*. El Tribunal Supremo razonó que lo contrario supondría admitir la creación *ex novo* de una causa de extinción de la hipoteca no prevista por el ordenamiento jurídico, por lo que se afectaría sustancialmente a su régimen legal. Señala además que:

«[L]a norma del 1852 del Código Civil presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad [...] que no la hacen extensible 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 artículo 1852 del Código Civil; 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 prever riesgos o contingencias como la que el legislador estableció expresamente para la fianza».*

En resumen: en virtud de la paradoja del fiador, el acreedor que se adjudica un activo a través de la ejecución de la segunda carga, con la consiguiente cancelación de la primera, pierde su derecho frente al fiador que garantiza el préstamo de primer rango. Pero si el mismo acreedor deliberadamente libera al fiador de sus obligaciones (aun cuando medie mala fe o confabulación), el hipotecante sigue viendo su propiedad afecta al pago de la deuda. Parece este un agravio comparativo difícilmente justificable, que consideramos un argumento adicional para interpretar de forma restrictiva los supuestos en los que cabe aplicar la sanción del artículo 1852<sup>45</sup>.

## VI. LA PARADOJA DEL FIADOR COMO MANIFESTACIÓN DE LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA

Es posible que el lector que haya hecho el encomiable esfuerzo de llegar hasta aquí coincida con mi análisis desde un punto de vista técnico. Sin embargo, con toda seguridad hay algo que no termina de encajarle. Ciertamente, la nueva postura del Tribunal Supremo puede llevar a resultados paradójicos en su aplicación práctica. Aun así, sigue sin parecerle razonable que los Fiadores deban responder de la deuda pendiente bajo el préstamo de primer rango.

La razón (consciente o no) por la que el lector no termina de discrepar de la decisión del Tribunal Supremo la tenemos en esta parte del relato de los hechos:

*«En diciembre de 2003, los Fiadores vendieron a terceros el 100% de sus participaciones en la sociedad deudora».*

En efecto, el préstamo hipotecario de segundo rango fue concedido a la Deudora en el marco de la refinanciación de 2009 sin el consentimiento de los Fiadores, ya desvinculados de la sociedad. Dicho consentimiento no era necesario, puesto que el afianzamiento se limitaba al primer préstamo, y no a deudas posteriores. Pero también es cierto que la refinanciación podría haberse estructurado, no como un segundo préstamo, sino como una novación de la primera hipoteca (v.g., plazo, tipo de interés, etc.), en la que se ampliase también el principal prestado. En tal caso, el consentimiento expreso de los Fiadores habría sido necesario para la subsistencia de la fianza. Puesto que la deuda total se ha incrementado, es contrario al sentido común (que no al Derecho positivo) que personas que vendieron su participación en una sociedad años atrás deban seguir respondiendo por las deudas sociales.

Este elemento de desvinculación no estaba presente en la STS de 4 de mayo de 2007 (donde existían lazos familiares entre los deudores y el fiador), y creemos muy probable que haya sido el factor determinante para el cambio de postura. Dada la ausencia de solución en la ley para estas situaciones tan particulares, el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de recurrir a la tesis de la *hipoteca de propietario* (cuya admisibilidad había negado en la STS de 30 de enero de 1999). Sin embargo, el problema de esta reinterpretación del artículo 1852 es que

perjudica gravemente a los acreedores, y resta atractivo a la fianza como garantía en el momento menos indicado, cuando acecha una avalancha de refinanciaciones de grupos de sociedades como alternativa al concurso de acreedores.

Lo anterior nos lleva a un tema que viene de antiguo: la crisis de la persona jurídica, y más en concreto, hasta dónde llega la separación de la personalidad jurídica de la sociedad de la de sus socios.

## 1. LA IDEA DE SOCIETAS EN EL DERECHO ROMANO

Tanto el Código de Comercio (art. 116) como el Código Civil (arts. 35 y 1669) admiten la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles distinta de la de sus socios. Como apuntó el profesor DE CASTRO<sup>46</sup>, esta concepción de la persona jurídica es reciente: en el Derecho clásico, el contrato de *societas* no daba vida a una persona jurídica distinta de cada uno de sus socios, no pudiendo configurarse relaciones entre la sociedad como tal y terceros. En otras palabras, para los romanos solo existía lo que hoy la doctrina mercantilista denomina *sociedad interna*, pero no la *sociedad externa*. No cabía hablar, pues, de créditos y deudas de la sociedad; solo de los socios singulares. GARCÍA GARRIDO observa que las únicas personas jurídicas que se reconocen en Roma son las instituciones, es decir aquellas personas que sirven para alcanzar fines distintos del ánimo de lucro y que se realizan en un espacio de tiempo superior a la vida humana<sup>47</sup>. En una línea similar, FERNÁNDEZ DE BUJÁN señala que «*el mundo y el Derecho romano no llegaron a conocer y formular, respectivamente, el concepto de personalidad, o persona jurídica entendido en toda su extensión, referido a los entes sociales. No obstante, puede hablarse de cierta personalidad jurídica referida a las sociedades públicas o asociaciones corporativas. Por el contrario, a las sociedades privadas en ningún caso puede reconocérseles esta personalidad jurídica. La razón de esta falta de reconocimiento se encuentra en que era absolutamente contrario a la mentalidad romana que fines estrictamente económico-comerciales pudieran configurar un ente dotado de personalidad»*<sup>48</sup>. Las únicas personas jurídicas de las que puede hablarse en Roma y durante la Edad Media (cuando SINIBALDO FLISCO, posteriormente papa Inocencio IV, desarrolla la idea de *persona ficta*) eran aquellas de carácter *corporativo*. La nota característica y diferencial de estas entidades era que existían en torno a un fin distinto y superior, al que asociados y administradores debían servir. Por ejemplo: la ciudad, las asociaciones religiosas, políticas y culturales o las fundaciones benéficas. En cambio, en la sociedad o asociación para ganar dinero, sea cual sea la forma que adopte, falta el fin supraindividual; existe solo una *suma de aspiraciones egoísticas*, que el Derecho clásico conducía a la figura jurídica de la comunidad de bienes, ya fuese en forma de copropiedad o en mano común (sociedad interna).

Observa DE CASTRO: *En ningún caso, autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de sociedad fuese posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica pues para la técnica jurídica era y es indudable que a) el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios y b) que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común) que les separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Había, además, otra razón, quizás más decisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, solo consideraba personas a las entidades que tenían vida*

*independiente de sus miembros y eran de interés público, corpus o universitas (body politic o politic person), caracterizados internamente porque su continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros*<sup>49</sup>. Para DE CASTRO, la sociedad romana se incardina en lo que llama *universitas personarum* (agrupación de base personal), por contraposición a las modernas sociedades de capital, que encajan más bien en el concepto de *universitas bonorum* (de base patrimonial) pues en ellas lo esencial es la acción o participación como medida en la que el socio participa en el capital (esto es, el conjunto de bienes y derechos que los socios ponen en común).

En consecuencia, la relación entre los miembros de la *societas* clásica era de carácter *intuitu personae*, y uno de sus elementos esenciales era la llamada *affectio societatis*: los socios eran tratados como *agnati*, esto es, como herederos familiares que sucedían a un paterfamilias común. Para GAYO (3,151), «*la sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido, pero cuando alguno de ellos renuncia a ella, esta se disuelve*». Para POMPONIO (libro XVII de comentarios a SABINO: Digesto 17,2,40) «*el heredero de un socio [...] no es socio*»<sup>50</sup>. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (*op. cit.*, p. 436) afirma que el efecto extintivo de la muerte de un socio es considerado por la jurisprudencia romana clásica tan esencial en el contrato societario que se declara nulo el pacto por el que se conviene que el heredero del socio se convierta en socio (*heres socii socius non est*). Así, la sociedad romana se extinguía por la muerte o capitidismisión (pérdida de estado) máxima o media de uno de los socios. Y, huelga decir, la condición de socio era intransmisible, siendo igualmente nulo el pacto en contrario (POMPONIO, libro XII de comentarios a SABINO, D. 17,2,59).

Desde la óptica del Derecho clásico, la sociedad deudora de nuestro caso de estudio habría dejado de existir en el año 2003, cuando los Fiadores dejaron de ser socios de la misma.

## 2. EL DOGMA DEL HERMETISMO Y SU RUPTURA EN EL SIGLO XX

No es objeto de este trabajo desarrollar cómo se transitó de la idea clásica de sociedad y persona jurídica a la hodierna identificación (casi confusión) entre ambos conceptos. Baste señalar que en dicho proceso tuvo una influencia clave, primero, la noción de *derecho subjetivo* de GROCIO, que requiere que toda situación de poder concreto esté atribuida a un sujeto portador de voluntad e interés propio, y, posteriormente, la pandectística del siglo XIX, cuyo afán sistematizador llevó a los juristas alemanes a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando «*persona natural*» al hombre y «*persona jurídica*» a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. El pandectismo culminó la tesis de GROCIO al extender la calificación como persona a todo aquello a lo que había de atribuirse inmediatamente un derecho subjetivo.

La personalidad jurídica pasa, pues, a fundarse en un criterio de *capacidad*: es persona jurídica todo ente distinto del ser humano que puede ser titular de bienes y derechos.

En España, la atribución a la sociedad anónima de una personalidad jurídica distinta de la de sus socios fue un proceso que se gestó a lo largo de todo el siglo XIX<sup>51</sup>. DE CASTRO explica cómo GARCÍA GOYENA y su Proyecto de Código Civil de 1851 abonaron el terreno para la recepción del sentido amplio de persona jurídica<sup>52</sup>. En 1866, GÓMEZ DE LA SERNA consideró persona jurídica a la sociedad colectiva en su dictamen «*Puede una sociedad anónima extrajera*

*contratar el servicio de alumbrado de una población?». La Exposición que precede a las Bases para la redacción del Código de Comercio (Decreto de 20 de septiembre de 1869) declara: «al unirse por la asociación dos o más personalidades libres brota un nuevo ser, un nuevo ente jurídico, una nueva personalidad, y de este hecho resultan dos clases de relaciones: unas internas, que ligan a los socios entre sí, otras externas, que enlazan a la sociedad misma con otras personas, a las que pudiéramos denominar terceros contratantes». El Tribunal Supremo reconoció por primera vez la personalidad jurídica de una sociedad en su sentencia de 18 de abril de 1872: «Es innegable que al constituirse toda sociedad mercantil se crea una personalidad jurídica distinta de la de los socios». Estas ideas, de carácter evidentemente político, observa DE CASTRO, pronto pasaron a ser consideradas expresión de verdades científicas. El llamado *dogma del hermetismo* (que propugna la separación absoluta de la personalidad de la sociedad de la de sus socios) alcanzó su apogeo con la famosa decisión de la House of Lords de Inglaterra, *Salomon vs. Salomon* en 1897 (para DE CASTRO, «una manifestación de la mecánica capitalista en sus formas más degradadas»).*

Esta concepción de la personalidad jurídica de la sociedad como radicalmente separada de la de sus socios entra en crisis a lo largo del siglo XX. El primer síntoma llegó durante la I Guerra Mundial, cuando algunos Estados declararon «enemigas» a determinadas sociedades controladas por nacionales de Estados enemigos, en lo que supuso una primera manifestación del levantamiento del velo<sup>53</sup>. Esta doctrina (*piercing of the corporate veil*) se fue desarrollando a lo largo de los años siguientes para remediar abusos cometidos al amparo de la personalidad jurídica separada, poniéndose de relieve que el régimen de las sociedades de capital supone un *Derecho de excepción* a la responsabilidad universal por deudas (art. 1911 del Código Civil) para aquellas personas físicas que limitan su responsabilidad a lo aportado como capital social para acometer una determinada inversión.

En 1950, con ocasión del debate en torno al Anteproyecto de Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, DE CASTRO publicó su célebre trabajo «*¿Crisis de la Sociedad Anónima?*», en el que alertaba contra el alcance técnico desmedido de la personalidad jurídica. Esto motivó que muchos discípulos suyos señalasen exageraciones del concepto de persona jurídica por parte de la jurisprudencia<sup>54</sup>. En los debates que se sucedieron en torno al Anteproyecto (cuando se discutía si la unipersonalidad sobrevenida era o no causa de disolución de la Sociedad Anónima), el profesor alertó sobre los riesgos de la sociedad unipersonal, que agrava el *régimen de excepción* al artículo 1911 del Código Civil, al crear una ficción de un patrimonio separado respecto del empresario<sup>55</sup>. A pesar de estas admoniciones, no solo se acabó reconociendo la unipersonalidad sobrevenida, sino que la sociedad constituida como unipersonal *ab origine* fue incorporada a nuestro Ordenamiento mediante la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (transposición de la Directiva Comunitaria 89/667).

### 3. LA CRISIS DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL NEOLIBERALISMO

El tiempo ha acabado dando la razón al profesor DE CASTRO respecto de los peligros inherentes a la deformación de la persona jurídica. No es aventurado afirmar que este concepto se encuentra hoy sumido en una profunda crisis, motivada por las contradicciones del modo de producción neoliberal (fase actual del capitalismo tras la desintegración del bloque del Este). Esta fase se caracteriza

por la predominancia del capital financiero sobre el industrial, la globalización financiera y la deslocalización de empresas. Todos estos fenómenos conllevan un uso intensivo del Derecho de excepción que, como decimos, suponen las modernas legislaciones de sociedades de capital. Hasta el punto de que legisladores y tribunales se han visto en la necesidad de desarrollar reglas anti-abuso, en la línea del levantamiento del velo, que difuminan la separación entre la personalidad de la sociedad y de las personas que la conforman, y recuperan así, en buena medida, la identificación entre la sociedad y sus socios que existía en el mundo clásico. Algunas manifestaciones de este fenómeno son:

- i) La responsabilidad penal de la persona jurídica, que rompe el esquema del Derecho penal neokantiano según el cual solo las personas físicas pueden cometer delitos y ser sujetos pasivos de penas: con la introducción de esta novedad por la Ley Orgánica 5/2010, el reproche penal se extiende a la persona jurídica controlada por las personas físicas responsables del hecho delictivo;
- ii) La nueva normativa de prevención de blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo), que, entre otros aspectos, impone la necesaria identificación del titular real de toda persona jurídica (v.g., como requisito para el otorgamiento de cualquier documento público ante notario)
- iii) Los llamados «casos daneses» (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 relativa a los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16), según los cuales la exención a la obligación de practicar retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes respecto de los intereses pagados a una sociedad domiciliada en un Estado miembro depende de cuál sea la residencia del llamado *«beneficiario efectivo»* de tales intereses (doctrina que ha sido incorporada por el Tribunal Económico-Administrativo Central a sus resoluciones).

En síntesis: en los últimos años se han multiplicado las dificultades para sostener que el contrato de sociedad crea una «*persona*» completamente separada de los socios. Al mismo tiempo, el criterio de capacidad ha devenido insuficiente para explicar el concepto mismo de personalidad jurídica. La reforma del artículo 9 LH operada por la Ley 13/2015 permitió que los patrimonios separados pudieran ser titulares registrales de bienes y derechos. Esta reforma fue complementada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, cuyo artículo 15.1 define a los fondos de titulización como patrimonios separados, *carentes de personalidad jurídica*, para luego admitir, en su artículo 16.3, la posibilidad de que se inscriban en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles pertenecientes a estos fondos. Esto supone una excepción a la regla general del artículo 11 RH (*«no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica»*). Pero, sobre todo, supone la quiebra definitiva del criterio de capacidad que hemos enunciado antes: la capacidad de ser titular de bienes y derechos ya no explica por sí misma la personalidad jurídica, pues la ley concede dicha capacidad a los fondos de titulización, a los que sin embargo no reconoce como personas jurídicas.

La paradoja del fiador es una manifestación más de esta patología: a nuestro modo de ver, la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia es evitar que unas personas físicas tengan que pagar una deuda de una sociedad limitada de la que llevan años desvinculadas, en especial cuando dicha deuda ha aumentado tras

su salida, habiéndose creado una garantía posterior sobre el bien hipotecado, sin su consentimiento (y probablemente, sin su conocimiento). Es muy posible que el Tribunal Supremo entendiese que los socios se constituyeron en fiadores exclusivamente por su condición de socios y su interés común con la sociedad, elementos que dejaron de estar presentes tras la venta de las participaciones. El problema de la sentencia es que la motivación que lleva a cabo para hacer justicia *in casu* proscribe la ejecución de segundas y ulteriores hipotecas si el acreedor desea conservar la fianza que asegura el préstamo de primer rango (sin considerar cuál sea la relación del fiador con el deudor en el momento de la ejecución). Ello puede conducir a situaciones de enriquecimiento injusto en ejemplos como el antes expuesto, en que el fiador sigue siendo socio único del deudor al tiempo de la ejecución de la fianza. Semejante resultado no es deseable si entendemos, con CASTILLA BAREA (*op. cit.*), que no debe poder reclamar en vía de regreso el fiador «que se identifica materialmente con el deudor principal a consecuencia de la aplicación de la doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo”, supuesto que se da con cierta frecuencia en casos en los que los socios de la sociedad deudora avalan las operaciones de esta». En otras palabras, cuando el deudor y el fiador «son lo mismo», al fiador no se le debería reconocer la acción de reembolso, pues ello perpetuaría los abusos propios de la personalidad jurídica. El fundamento de la acción de reembolso es el mismo que el de la subrogación del tercero que paga una deuda por cuenta ajena, *ex artículo 1158 del Código Civil*, y este decae cuando no se puede considerar al fiador como *tercero* en sentido material, lo que sucede, por ejemplo, cuando es socio del deudor. Por tanto, resultaría injusto que los fiadores que sí mantienen su vínculo con el deudor pudiesen beneficiarse de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

#### 4. LA AFFECTIO SOCIETATIS: ¿UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA FIANZA DE SOCIO?

Llegados a este punto, no parece baladí preguntarse si la vinculación entre fiador y deudor es un elemento esencial del contrato de fianza, aun cuando ello no esté expresamente previsto en ningún texto legal. No sería la primera vez que se definen caracteres básicos de la fianza, al margen o incluso en contra de lo establecido en la ley positiva<sup>56</sup>. El artículo 1823 del Código Civil prevé que la fianza puede ser gratuita o a título oneroso. Es decir, este artículo se ocupa de la *causa* del contrato de fianza (que podrá tener causa gratuita o remuneratoria). La realidad determina que las fianzas prestadas por entidades o individuos vinculados con el deudor son siempre gratuitas, pues se explican por la *affectio societatis* (cuando los socios afianzan a la sociedad), la *affectio maritalis* (cuando un cónyuge afianza al otro), o la *affectio familiaris* (cuando los padres afianzan a los hijos). Por el contrario, las fianzas de terceros (generalmente, entidades financieras) son necesariamente remuneradas, pues la prestación de avales forma parte del negocio del fiador, sin que exista entre este y el deudor ninguna *comunidad de intereses*.

Creemos que merece la pena preguntarse si el cese de la vinculación entre fiador y deudor (en nuestro caso, por la venta de las participaciones) puede considerarse una causa de extinción de la fianza prestada por personas o sociedades relacionadas con el deudor, al desaparecer la razón que dio lugar al afianzamiento (y a su causa gratuita). El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la extinción de los contratos por carencia sobrevenida de causa (cfr. STS 360/2010, de 1 de junio, relativa a un contrato de arrendamiento, con cita

a su vez de las SSTS de 20 de abril de 1994, 11 de febrero de 2002 y 21 de noviembre de 1988). No decimos que necesariamente tenga que ser así: hay que tener en cuenta que semejante causa de extinción de la fianza no está prevista en la ley, y que toda excepción al principio *pacta sunt servanda* debe aplicarse restrictivamente. Sin embargo, no podemos ignorar que, desde que desaparece el vínculo, el deudor y el acreedor pueden tomar decisiones sin consentimiento del fiador susceptibles de perjudicarle (por ejemplo, el deudor puede contraer nuevas deudas, asegurándolas con garantías reales sobre el patrimonio del deudor, como sucedió en nuestro caso de estudio). De modo que esta posibilidad debería ser, al menos, objeto de reflexión, como alternativa a la solución *ad hoc* que supone la paradoja del fiador. Quizá la importancia del vínculo se vea más claramente en las rupturas de la *affectio maritalis*, siendo el caso paradigmático el del cónyuge divorciado al que se le reclama una deuda anterior a la ruptura matrimonial. En nuestra opinión, sí sería preciso proteger a este fiador (aunque hasta la fecha no me constan resoluciones del Tribunal Supremo en este sentido).

Huelga decir que el fin de la vinculación debería ser real y efectivo (no valdría con la transmisión de las participaciones a un testaferro, o a una sociedad interpuesta para entender extinguida la fianza). Y, en todo caso, la carga de la prueba de la desvinculación debería recaer sobre el fiador que la alegase.

Si admitiésemos la ruptura del vínculo como causa de extinción de la fianza, debería reforzarse la eficacia de las cláusulas de cambio de control societario en los contratos de financiación. En diversas resoluciones dictadas a lo largo del mes de octubre de 2014 (todas ellas relativas a un contrato de préstamo sindicado que varias entidades financieras concedieron al grupo Copcisa), la DGRN declaró no inscribibles una serie de causas de vencimiento anticipado, por entender que carecían de trascendencia real, al referirse a eventualidades que no afectaban a la obligación garantizada. Entre dichas causas se incluye la llamada cláusula de cambio de control (esto es, que los socios del deudor en el momento de concesión del préstamo dejen de ostentar tal condición). Si aceptamos que la fianza prestada por un socio del deudor se extingue cuando el fiador pierde su condición de socio por pérdida sobrevenida de su causa gratuita, el cambio de control no consentido por el acreedor sería subsumible en el artículo 1129.3.º del Código Civil, pues afectaría directamente a las garantías del préstamo. Ello permitiría su inscripción como causa de vencimiento anticipado del préstamo afianzado, salvo que se otorgasen nuevas garantías (por ejemplo, si el socio saliente ratificase expresamente la garantía, o constituyese aval por la misma cantidad que la cubierta por la fianza extinguida).

En la misma línea, creemos que se debería entender, para las estructuras LoanCo - REOco que hemos explicado antes al hilo de la SAP Barcelona 319/2014, de 20 de junio, que la solicitud de cancelación por el acreedor de las hipotecas a su favor sobre el inmueble que su filial acaba de adjudicarse no debería tener un efecto distinto de la extinción por consolidación cuando es el propio acreedor quien adquiere el bien (puesto que LoanCo y REOco son entidades vehiculares creadas por el mismo inversor para un mismo proyecto, con intereses comunes). En consecuencia, tampoco esta solicitud de cancelación debería considerarse un hecho del acreedor a los efectos del artículo 1852 del Código Civil.

Esta solución implicaría un alejamiento del dogma del hermetismo (en sintonía con el signo de los tiempos), y un regreso a la concepción originaria del contrato de sociedad como creador de una *universitas personarum*, aceptando así que la sociedad no es una entidad completamente separada de sus miembros, sino que, por el contrario, la identidad de estos juega un papel determinante en las relaciones de la sociedad con terceros.

## VII. CONCLUSIONES

I. La STS de 12 de noviembre de 2020 supone un giro jurisprudencial respecto de la STS de 4 de mayo de 2007, en la que el Tribunal Supremo entendió que la ejecución de una segunda carga, con extinción de la hipoteca de primer rango, no constituía un hecho del acreedor a efectos de entender extinguida la fianza.

II. La ejecución de segundas hipotecas (o de embargos sobre la finca, como sucedía en el precedente de 2007) es una estrategia procesal legítima, sin que ninguna norma en Derecho español imponga un orden de prelación en la reclamación de deudas por antigüedad del impago.

III. La sentencia considera que los artículos 1839 y 1852 del Código Civil instituyen una hipoteca de propietario sobre los inmuebles que el acreedor se adjudica en ejecución, a fin de que el deudor pueda subrogarse en la misma para reclamar la cantidad pagada al deudor. De manera que, para el TS, la solicitud de cancelación por el Banco privó a los Fiadores de la acción de reembolso en su dimensión subrogatoria. A ello hemos de oponer que (i) la acción de reembolso se refiere exclusivamente a los bienes del deudor: el fiador no debe poder repetir contra bienes que hayan pasado a ser parte del patrimonio del acreedor; (ii) en Derecho español no es admisible la hipoteca de propietario (ni, en general, los derechos reales sobre cosa propia), y (iii) la hipoteca se extingue por consolidación desde que el acreedor se adjudica el bien, por aplicación del artículo 190 RH, y no con la solicitud de cancelación (que es solo una formalidad para reflejar una cancelación ya producida). Por todos estos motivos, consideramos que la sanción del artículo 1852 no es aplicable a nuestro caso de estudio.

IV. La decisión del Tribunal Supremo responde a una búsqueda de justicia material, evitando que personas físicas que ya no tienen relación con la sociedad deudora deban responder por las deudas de esta última, en especial teniendo en cuenta que, después de que los Fiadores vendiesen su participación, la deuda se incrementó notablemente y se creó una segunda hipoteca. Esta loable intención, no obstante, presenta problemas al reinterpretar el artículo 1852 con vocación de generalidad, pues (i) puede acabar en situaciones de enriquecimiento injusto cuando el fiador está vinculado con el deudor y (ii) crea una paradoja en virtud de la cual un acreedor puede llegar a ver disminuidas sus posibilidades reales de cobro si desea mantener la fianza en vigor.

V. Esta decisión, y los problemas que plantea, son un síntoma de la crisis de la personalidad jurídica de las sociedades de capital, cada vez más acentuada en nuestros días, pues refuerza la idea de que la personalidad de una sociedad no puede disociarse de quiénes son sus socios en cada momento.

VI. Al fiador que tiene relación de identidad material con el deudor no se le debe reconocer acción de reembolso frente a este último (por ejemplo, si fuese su socio único), para evitar abusos de la personalidad jurídica. Por tanto, no debería poder beneficiarse de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

VII. Como alternativa a la solución que nos presenta la Sentencia, hemos de preguntarnos si la fianza prestada por personas o entidades vinculadas con el deudor se extingue cuando dicha vinculación desaparece, por carencia sobrevenida de causa. En caso afirmativo, debería reforzarse la eficacia de las cláusulas de cambio de control societario (por ejemplo, mediante la admisibilidad de su inscripción como causa de vencimiento anticipado del préstamo).

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 26 de febrero de 2019
- STS de 18 de abril de 1872
- STS de 11 de octubre de 1899
- STS de 31 de marzo de 1927
- STS de 7 de octubre de 1942
- STS de 10 de junio de 1966
- STS de 1 de marzo de 1983
- STS de 28 de febrero de 1985
- STS 580/1988, de 3 de febrero
- STS de 27 de octubre de 1993
- STS de 29 de noviembre de 1997
- STS de 30 de enero de 1999
- STS 409/2002, de 8 de mayo
- STS 577/2002, de 14 de junio
- STS 496/2006, de 19 de mayo
- STS 607/2006, de 9 de junio
- STS 470/2007, de 4 de mayo
- STS 26/2008, de 25 de enero
- STS 18/2009, de 3 de febrero
- STS 274/2010, de 5 de mayo
- STS 360/2010, de 1 de junio
- STS 761/2015, de 30 de diciembre
- STS 600/2020, de 12 de noviembre
- STS 363/2021, de 26 de mayo
- STS de 15 de diciembre de 2021
- SAP de La Coruña 539/2006, de 15 de diciembre
- SAP de Barcelona 319/2014, de 20 de junio
- SAP de Madrid 197/2015, de 18 de mayo
- RDGRN de 24 de abril de 1991
- RDGRN de 7 de febrero de 2012
- RDGRN de 20 de junio de 2012
- RDGRN de 9 de septiembre de 2013
- RDGRN de 31 de julio de 2014
- RDGRN de 21 de diciembre de 2018

## X. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2022). Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la confianza. El derecho de reintegro entre cofiadores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 505 y sigs.
- BOTÍA VALVERDE, A. (2012). El beneficio de inventario notarial (Otras formas de limitación de la responsabilidad *mortis causa*). [En línea], disponible en <https://www.notariosyregisradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm>
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022). *Tratado de los derechos de garantía*, 254-255 y 258.
- CASTILLA BAREA, M. (2013). Artículo 1838, en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tomo IX - Artículo 1760 a Disposiciones adicionales. Tirant lo Blanch. Valencia.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2006). El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza? *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1659-1766.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949). ¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima. *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1949, II-IV. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. Civitas. Segunda edición (reimp.), 45-76.
- (1964). Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección tercera, Estudios jurídicos varios, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Instituto Editorial Reus. Madrid. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. (op. cit. 137-255).
- DE COSSÍO, A. (1954). Hacia un nuevo concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre de 1954, 623-654.
- DEL OLMO, P. (2019). Obligaciones, contratos y pago de un tercero. *Almacén de Derecho*. [En línea], disponible en <https://almacendedderecho.org/obligaciones-contratos-y-pago-de-un-tercero>.
- ESTÉVEZ, J.L. (1956). Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 159 y sigs.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007). *Sistema contractual romano*. 3.<sup>a</sup> edición. Dykinson, 415, 422-423 y 436.
- GARCÍA GARCÍA, A. (2018). Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer (p. 6).
- (2021). El derecho real de comiso y los problemas del «Derecho nuevo» de Cataluña. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785 (1455-1510).
- GARCÍA GARCÍA, A. y PARRILLA QUINTIÁN, J. (2022). ¿El fin de la polémica en torno al valor de adjudicación en las subastas sin postores? Un comentario a la STS de 15 de diciembre de 2021. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo de 2022, 86.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. (2000): *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. Dykinson, 264.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid [s.n.], 466-477.
- GASPAR LERA, S. (2017). *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi,101.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (2009). La hipoteca de seguridad, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 706.
- GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2007). Hipoteca sometida a condición suspensiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700 (817-823).
- GORDILLO CAÑAS, A. (1995). Voz: Hipoteca, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, II. Madrid, 3314.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albadalejo). Tomo XXIII - Artículos 1822 a 1886 del Código Civil. Edersa, 2.<sup>a</sup> edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid. Dykinson. Tercera edición (529).

- NIBOYET, J.P. (1927). Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés? *Revue de Droit International Privé*, núm. 402 (22).
- NOONAN, J.T. (1957). *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press. Cambridge / Massachusetts), 55.
- PITA BRONCANO, C. (2013). *La preferencia de los acreedores del causante*. Madrid. Dykinson, 69.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2017). Protección de los derechos de tercero a la extinción del usufructo por consolidación. Con ocasión de la RDGRN de 10 de noviembre de 2016. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 5.
- ROCA SASTRE, L. (1954). *Derecho Hipotecario*, vol. IV. Barcelona. Bosch, 889, 929 y 933.
- ROCA SASTRE, R.M.<sup>a</sup> (1995): *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Octava Edición, 59.
- TARDÍO PATO, J.A. (2003): El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (190-191 y 209-211).
- VVAA (2019). *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2.<sup>a</sup> edición, 55-56.
- VICENT CHULIÁ, F. (1976). El Derecho mercantil del neocapitalismo. *Revista de Derecho Mercantil*, 7-69.

## NOTAS

<sup>1</sup> Un buen ejemplo lo tenemos en el artículo 25 de la Constitución española, que proclama la reinserción social como fundamento de las penas que apartan al penado de la sociedad. En el campo del Derecho civil, la dissociación entre las ideas de «derecho» y «acción» heredada de la pandectística alemana de finales del XIX da pie a situaciones paradójicas en aquellos supuestos en los que «se tiene derecho, pero no acción». Así, nuestro Código Civil prevé una serie de obligaciones cuyo incumplimiento no conlleva sanción (las conocidas como «obligaciones naturales»). Como ejemplo de esto último, el artículo 1756 del Código Civil dispone: «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital». La doctrina moderna considera que el pago de intereses en el préstamo es una obligación natural, por lo que no cabe exigir su devolución (si bien es altamente discutible que el pago de intereses deba considerarse una obligación natural — cfr. NOONAN, J.T. (1957): *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press. Cambridge / Massachusetts) (p. 55). Otro caso llamativo lo constituyen las conocidas como «deudas de juego» en el artículo 1798 del Código Civil (quien gana en un juego de suerte, envite o azar tiene derecho a sus ganancias, pero no tiene acción para reclamarlas), si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de precisar que dicho artículo debe ser objeto de interpretación restrictiva, de forma que solo sea aplicable a los juegos prohibidos por ley, excluyendo la existencia de causa torpe o ilícita en los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto (cfr. por todas STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de enero de 1995).

<sup>2</sup> La Sentencia menciona en una única ocasión la cesión del remate «a una inmobiliaria de su grupo» (en la recapitulación de antecedentes en el fundamento jurídico 8.<sup>o</sup>). Sin embargo, no parece conceder importancia a este hecho (a lo largo de la sentencia se da a entender que coincidían en la misma persona la titularidad del dominio gravado y del gravamen hipotecario de primer rango).

<sup>3</sup> Sin embargo, desestimó la pretensión de ordenar el levantamiento de los embargos y la condena a la indemnización de daños y perjuicios, al apreciar falta de competencia objetiva.

<sup>4</sup> Expresión que tomo prestada de VICENT CHULIÁ, F. (1976): El Derecho mercantil del neocapitalismo. *Revista de Derecho Mercantil*, 7-69.

<sup>5</sup> En el Derecho clásico, el fiador no disponía por regla general del beneficio de subrogación, aunque dicha regla sí aparece comúnmente prevista en las legislaciones modernas. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V. (1990) Artículo 1852, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo). Tomo XXIII — Artículos 1822 a 1886 del Código Civil. Edesa, 2.<sup>a</sup> edición.

<sup>6</sup> CASTILLA BAREA, M. (2013) Artículo 1838, en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tomo IX — Artículo 1760 a Disposiciones adicionales. Tirant lo Blanch. Valencia. Esta autora señala que tampoco faltan decisiones judiciales que concibían el reembolso y la subrogación como un remedio unitario.

<sup>7</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2022) *Tratado de los derechos de garantía*, 254-255 y 258.

<sup>8</sup> Siguiendo a CASTILLA BAREA (*op. cit.*), estos incluyen tanto los intereses convencionales que el deudor hubiera estipulado con el fiador como remuneratorios de la fianza como los intereses legales, a partir del momento en que el pago se haya notificado al deudor.

<sup>9</sup> La doctrina entiende que deben considerarse como gastos resarcibles los que se hayan producido a consecuencia del proceso de reclamación incoado por el acreedor contra el fiador.

<sup>10</sup> Cfr. STS 18/2009, de 3 de febrero citada entre otras por SSAP Madrid 182/2017 de 7 de abril, 29/2017 de 20 de enero, 323/2017, de 23 de junio, SAP Ciudad Real 133/2021, de 6 de mayo, AAP Barcelona 206/2015, de 3 de junio.

<sup>11</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid [s.n.], 466-477.

<sup>12</sup> CASTILLA BAREA, M. (2013) Artículo 1852, en *Comentarios al Código Civil* (*op. cit.*).

<sup>13</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. (1990) Artículo 1852, en *Comentarios* (*op. cit.*).

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid. Dykinson. Tercera edición (p. 529): «*El fiador no se ha obligado, sino para garantizar una deuda ajena; por tanto, con derecho de reembolso y subrogación en el sentido visto; y el acreedor ha de comportarse con diligencia tal que no perjudique al fiador, haciendo con su conducta que sea privado (en forma contradictoria con la función de garantía) de medios útiles de hacerse pagar por el deudor*».

<sup>15</sup> Ello por aplicación analógica de la STS 18/2009, de 3 de febrero, que estableció que el hipotecante por deuda ajena es un interesado en el cumplimiento de la obligación y, por tanto, si paga (ya voluntariamente, ya como consecuencia de la ejecución de la hipoteca), puede obtener al amparo del artículo 1210.3.<sup>o</sup> del Código Civil la subrogación en los derechos del acreedor. A este respecto destaca el extenso estudio de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2006): El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza? *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1659-1766.

<sup>16</sup> Siglas de *Special Purpose Vehicle*. Denotan aquellas sociedades-vehículo constituidas exclusivamente para acometer un determinado proyecto o inversión como, en este ejemplo, la promoción sobre un suelo y la venta de las viviendas resultantes. Este tipo de sociedades suelen tener un único activo (sobre el que se desarrolla el proyecto), y un único acreedor (el financiador de la promoción), por lo que un concurso de acreedores acabaría necesariamente por insuficiencia de masa.

<sup>17</sup> Habitualmente, los compradores de carteras de préstamos fallidos garantizados con hipotecas utilizan sociedades instrumentales en Irlanda o Luxemburgo (que llaman *LoanCos*) para la adquisición de los préstamos, mientras que los inmuebles se adjudican mediante cesiones de remate a sociedades filiales de las *LoanCos*, constituidas como sociedades limitadas en España (denominadas *RECos*).

<sup>18</sup> A esta pérdida habrá que añadir los gastos de adquisición de los préstamos (esto es, aranceles de notaría y Registro de la Propiedad, y AJD), así como los gastos derivados de la ejecución hipotecaria y la reclamación al fiador.

<sup>19</sup> Para un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2022): *Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la cofianza. El derecho de reintegro entre cofiadores*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789 (pp. 505 y sigs.).

<sup>20</sup> STS de 26 de mayo de 2021: «*En nuestro caso, [...] es cierto que la pérdida del derecho a subrogarse en las garantías hipotecarias es posterior al afianzamiento. Es consecuencia del concurso de acreedores del deudor principal. Podría entenderse que viene provocado por la vinculación del acreedor con el deudor, que le atribuye la condición de persona especialmente relacionada con el deudor y que provocará en el concursado posterior del deudor la subordinación de los créditos y la consiguiente extinción de las hipotecas. Pero el hecho que determina la subordinación y provoca la extinción existe al tiempo de que los fiadores consientan en el afianzamiento. En ese momento podrían saber que uno de los socios de la deudora, con una participación muy significativa en el capital social (25%) es una sociedad filial del banco prestamista, circunstancia que de acuerdo con la jurisprudencia conllevará que, en el caso de una posterior insolvenza de la sociedad deudora, se le consideraría persona especialmente relacionada con el deudor y se extinguirían las hipotecas en aplicación del artículo 97.2 LC. No hay propiamente un acto posterior del banco acreedor que, contrariando la reseñada exigencia de buena fe, haya provocado el perjuicio para los fiadores de impedirles la subrogación en la hipoteca. Razón por la cual no apreciamos ninguna infracción del artículo 1852 del Código Civil*».

<sup>21</sup> La ejecución hubiese continuado frente a los Fiadores en procedimiento separado, una vez constatada la insuficiencia de los bienes hipotecados para saldar la deuda: la jurisprudencia mayoritaria entiende que el artículo 685-1 LEC no permite acumular la acción hipotecaria y la acción contra los fiadores de la deudora hipotecaria. Por todas, cfr. AAP Barcelona 325/2014, de 30 de diciembre: «*los Autos de la Sección 11 de 23 de febrero de 2010 y de 27 de junio de 2012, de la Sección 1.<sup>a</sup> de 26 de marzo de 2012 y de la Sección 17 de 30 de enero de 2012 sostienen que en este tipo de procedimientos solo se puede dirigir la acción ejecutiva contra el deudor hipotecario y el hipotecante no deudor, si bien el Auto de la Sección 11 de 23 de febrero de 2012, después de considerar que, pese a la inexistencia en nuestra actual Ley Procesal Civil de una prohibición de acumulación de acciones, como existía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 166), no es posible admitir la acumulación en la ejecución hipotecaria de la acción hipotecaria y la acción personal contra el fiador, garante de la deuda del prestatario, si admite que la entidad ejecutante solicite la ampliación de la ejecución, en caso de insuficiencia del bien hipotecado, al amparo del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declarando que “la ejecutante debe esperar a la finalización de la ejecución instada para con posterioridad y si la misma no ha resultado suficiente para la satisfacción del crédito, actuar en la forma prevista en el artículo 579 citado”. Este criterio también se siguió por los Autos de la Sección 14 de 13 de octubre de 2011 y de 29 de mayo de 2012, declarando esta última resolución que “cabe entender que la normativa general sobre acumulaciones cierra el círculo arropando la tesis de la instancia. Así, la pretendida acumulabilidad de acciones tropieza con que la LEC, se quiera o no, ha diseñado un tipo de procedimiento específico para ejecutar hipotecas (art. 73.1. 2.<sup>a</sup>) y acerca de la acumulabilidad de procesos ejecutivos, el artículo 77.1 nos lleva de nuevo al 555.4 LEC “. A mayor abundamiento, el actual artículo 579 LEC permite que, una vez agotada la acción real, por no haberse cubierto la totalidad de la deuda, se inicie la acción personal, que podrá instarse por los cauces de la ejecución ordinaria. Por su parte el artículo 555. 4 LEC establece que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado*».

<sup>22</sup> No se nos escapa que, en los supuestos de estas SSTS, el acreedor había cobrado parte de la deuda afianzada mediante la adjudicación del inmueble en pago de dicha deuda, de modo que la cantidad a pagar por los Fiadores hubiera sido menor que la originalmente garantizada. Por el contrario, en nuestro caso, la deuda afianzada (el primer préstamo) no se había reducido antes de la reclamación del Banco a los Fiadores: estos seguían *debiendo lo mismo* que si la hipoteca no se hubiese ejecutado. Esta circunstancia es ciertamente relevante, si bien (i) la sentencia no la tiene en cuenta en su fundamentación y (ii) no creemos que por sí misma tenga entidad suficiente para justificar que el Banco deba perder

la única garantía que le queda por el primer préstamo, tras la extinción de la hipoteca de primer rango.

<sup>23</sup> Artículo 1158 del Código Civil: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago». Artículo 1159 del Código Civil: «El que pague en nombre del deudor, ignorándolo este, no podrá compelir al acreedor a subrogarle en sus derechos». De lo que se infiere, a contrario, que el que pague al acreedor con conocimiento y consentimiento del deudor se subrogará en los derechos del acreedor. Es más, el artículo 1210. 3.<sup>º</sup> del Código Civil protege al Fiador en un caso como este, al presumir la subrogación en los derechos del acreedor cuando el tercero que paga «tenga interés en el cumplimiento de la obligación». Este sistema de admisión del pago por tercero es el que existe en todos los sistemas de Derecho civil continental (a modo de ejemplos, cabe citar los artículos 1236 del Code Napoléon, 1180 del Codice italiano y 267 BGB), en contraste con los sistemas anglosajones, en los que dicha institución no se reconoce con carácter general (de hecho, esta es una de las principales diferencias de nuestro sistema con los de *common law* — cfr. DEL OLMO, P. (2019): Obligaciones, contratos y pago de un tercero. *Almacén de Derecho*. [En línea], disponible en <https://almacendedderecho.org/obligaciones-contratos-y-pago-de-un-tercero>).

<sup>24</sup> Como explicamos en un reciente trabajo (cfr. GARCÍA GARCÍA, A. y PARRILLA QUINTÁN, J. (2022): ¿El fin de la polémica en torno al valor de adjudicación en las subastas sin postores? Un comentario a la STS de 15 de diciembre de 2021. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo de 2022 (p. 86), el Centro Directivo razona en sus múltiples resoluciones en la materia que los porcentajes del 60% y 50% expresados en el artículo 671 LEC deben considerarse límites mínimos por los que el acreedor (o el cesionario del remate) pueden adjudicarse la finca ejecutada con base en un «criterio de mera justicia» (*sic*). Así, cuando el inmueble constituya vivienda habitual, si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior al 70% y superior al 60% del valor de tasación, la finca debería adjudicarse por el importe de lo debido; nunca por el 60% (de forma que quedase deuda subsistente). De igual modo, cuando no estemos ante vivienda habitual, el porcentaje de 50% funcionaría también como un valor mínimo de adjudicación.

<sup>25</sup> Sentencia a la que dedicamos el estudio citado en la nota al pie anterior.

<sup>26</sup> Esta sentencia, sin embargo, falló a favor de la liberación del fiador con base en que el acreedor que ejecutó la primera hipoteca, titular también de una segunda, no hizo valer esta última, permitiendo que el sobrante de 17.128,84 Euros de la ejecución de la primera hipoteca fuese remitido y satisfecho como embargo del sobrante a un juicio ejecutivo seguido ante un juzgado de primera instancia de La Coruña por Doña Soledad, titular de una simple anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad sobre el inmueble hipotecado, con posterioridad a la segunda hipoteca. El acreedor (apelante) alegó que el crédito garantizado con la segunda hipoteca no estaba vencido, razón por la que no cuestionó la orden de retención del sobrante ordenada por el juzgado. La AP razona: «No nos ofrece duda que si la Caja no tuviese el segundo préstamo avalado en modo alguno permitiría que el sobrante de una subasta, cuya percepción, en el trámite de liquidación de cargas, centra la atención preferente de los acreedores posteriores al crédito ejecutado, se remitiese a un Juzgado que simplemente había ordenado la retención del sobrante, como si un acto jurídico de tal naturaleza fuese de obligado acatamiento y otorgase prioridad sobre otros derechos y cargas anteriormente inscritos y anotados en el Registro de la Propiedad y de carácter preferente, y máxime cuando del número y clase de procedimiento indicado en el exhorto de 3 de diciembre de 2001: ejecutivo 522/1999 y la constancia en el mismo de la actora D.<sup>a</sup> Soledad, fácilmente se deducía que se trataba del crédito que motivó la anotación preventiva de embargo, posterior a la segunda hipoteca preferente, lo que igualmente se hizo constar en el auto de 24 de enero de 2002, que no fue impugnado por la Caja, cuando tenía la obligación de preservar las garantías del crédito garantizado, actuando diligentemente a los efectos de obviar las consecuencias jurídicas de la aplicación del artículo 1852 del Código Civil. Tras el incumplimiento de la deudora principal la Caja se hallaba legitimada para dar por

vencido el préstamo. Es más, en su propio condicionado se preveía que, si con antelación se hubiese incumplido alguna de las obligaciones garantizadas o se hubiese resuelto el préstamo, la subsistencia de la fianza (ver la cláusula para fiadores, f 47). Y si la propia Caja sostiene la falta de legitimación de los fiadores para exigir la devolución del dinero del sobrante, más diligente debió de ser para evitar que dicha suma se remitiese a otro Juzgado por una simple orden de retención del sobrante no fundada en preferencia susceptible de ser actuada, y que darse relevancia jurídica supondría la alteración del todo el régimen de liquidación y preferencia de cargas previsto en nuestro Derecho».

<sup>27</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2017): Protección de los derechos de tercero a la extinción del usufructo por consolidación. Con ocasión de la RDGRN de 10 de noviembre de 2016. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (p. 5): «La producción de un hecho extintivo, trátese de hecho o acto jurídico o por causa legal, respecto de usufructos voluntarios y en los legales, determina la extinción del usufructo, desaparece como entidad jurídica autónoma y queda reabsorbido por la nuda propiedad para formar la propiedad plena; el nudo propietario deviene, así, propietario ordinario, sin más. Ese efecto se produce ex nunc (momento de la ocurrencia del hecho o acto extintivo), aunque a veces puede ser ex tunc, con retroacción de (algunos) efectos al momento de la constitución del usufructo —por ejemplo, en caso de nulidad del título constitutivo, o de resolución del derecho del constituyente, o de cumplimiento de la condición resolutoria—».

<sup>28</sup> Cfr. STS de 7 de diciembre de 2005, que declara que la adquisición en subasta se verifica en la fecha de consumación de la venta, producida mediante tradición ficta con la expedición del testimonio del auto de adjudicación del remate. En la STS de 4 de octubre de 2006 se discutió quién había adquirido un inmueble doblemente embargado y subastado: frente a la tesis de la actora —que sostenía que la aprobación del remate a su favor consumó la venta en subasta celebrada en el primer juicio ejecutivo—, el Tribunal Supremo resolvió que la recurrente no llegó a adquirir la propiedad, pues solo se había expedido testimonio del auto de aprobación del remate en la segunda subasta. En el mismo sentido, la STS de 2 de diciembre de 2009. Cfr. GASPAR LERA, S. (2017): *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi (p. 101). Esta autora explica cómo la reforma de la LEC de 1881 operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, sustituyó el requisito de la escritura pública por un testimonio comprensivo del Auto de aprobación del remate expedido por el secretario judicial (hoy letrado de la administración de justicia). No obstante, la jurisprudencia siguió aplicando el esquema del título y el modo, atribuyendo efecto traslativo al mencionado testimonio, considerado una manifestación de la *traditio ficta*.

<sup>29</sup> No obstante, la DGRN denegó la cancelación instada por los recurrentes, por ser doctrina de la Dirección General que no pueden cancelarse las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador sin acreditarse la inutilización de los títulos cambiarios, pues tal cancelación podría producir indefensión a los posteriores tenedores de los mismos, si los hubiere. En el caso concreto había múltiples letras posteriores a las que dieron motivo a la dación, cuya inutilización no fue acreditada.

<sup>30</sup> La regulación del BdII en el Derecho común es, en palabras de PUIG BRUTAU, deficiente y defectuosa, lo que determina la inseguridad en su funcionamiento por parte de los operadores jurídicos, y también que sea muy infrecuente en la práctica.

<sup>31</sup> Entre ellos se encuentra nuestro Derecho común, que parte de la idea romana del heredero como continuador de la *domus*. Cfr. BOTÍA VALVERDE, A. (2012): El beneficio de inventario notarial (Otras formas de limitación de la responsabilidad *mortis causa*). [En línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-particion-beneficio-inventario.htm>. Por excepción, en Aragón opera automáticamente la limitación de responsabilidad a los bienes recibidos (cfr. artículo 355.1 del Código del Derecho foral: «*El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario*», y en Navarra, la Ley 318 del Fueno Nuevo dispone que «*El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir*»).

<sup>32</sup> Cfr. artículo 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El beneficio de separación en favor del acreedor del CCCat es cómodo con la facultad del acreedor de oponerse a la partición de la herencia hasta que se la pague o afiance el importe de su crédito (arts. 1082 del Código Civil y 782 LEC).

<sup>33</sup> PITA BRONCANO, C. (2013): *La preferencia de los acreedores del causante*. Madrid. Dykinson (p. 69).

<sup>34</sup> En un trabajo sobre el derecho real de comiso (más conocido como «condición resolutoria expresa») razonamos por qué esta no constituye una *conditio* en el sentido estricto de la palabra, sino que más bien es un derecho real de garantía. Cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2021): El derecho real de comiso y los problemas del «Derecho nuevo» de Cataluña. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785 (pp. 1455 — 1510).

<sup>35</sup> ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> (1995): *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Octava Edición, (p. 59).

<sup>36</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2018): Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer (p. 6): «*La accesoriiedad es la traslación de la teoría de la causa a los contratos de garantía: aunque el crédito y su garantía son autónomos, la garantía "sigue al crédito", es accesoria respecto de aquél. No existe garantía independiente de la deuda, pues la causa de aquella es garantizar el pago de esta*».

<sup>37</sup> ROCA SASTRE, L. (1954): *Derecho Hipotecario*, vol. IV. Barcelona. Bosch, (pp. 889, 929 y 933).

<sup>38</sup> GORDILLO CAÑAS, A. (1995): Voz: Hipoteca, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, II. Civitas, Madrid, 3314.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: La hipoteca de seguridad, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, I, Madrid, Centro de Estudios Registrales (p. 706).

<sup>40</sup> Cfr. VVAA (2019); *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2.<sup>a</sup> edición, 55-56.

<sup>41</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2007): Hipoteca sometida a condición suspensiva. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 817-823.

<sup>42</sup> La RDGRN de 9 de enero de 2019 resolvió un caso en el que la registradora de la propiedad denegó la inscripción de una cancelación de hipoteca por dación en pago a favor del banco, por no constar que los representantes de este que firmaron la escritura de dación tuviesen poderes suficientes para cancelar hipotecas. Con cita de la antedicha RDGRN de 7 de febrero de 2012, «*extinguiéndose la hipoteca por confusión de derechos, conforme la doctrina expuesta, basta la solicitud que contenga la rogación, lo que resulta claramente de la escritura presentada a inscripción, en la que en la cláusula específica en la que se recoge la extinción de la hipoteca por confusión de derechos, «se solicita del Sr. registrador de la Propiedad práctica en los libros a su cargo, la inscripción de la cancelación de dicha hipoteca»*. Tratándose de una solicitud de interesado, y constando el juicio de suficiencia exigido para el acto que lo ocasiona —dación de bien en pago de deuda—, circunstancias todas que resultan de la escritura, no es preciso un juicio pormenorizado de suficiencia para esta cancelación del asiento extinguido «*ope legis*» por confusión de derechos».

<sup>43</sup> TARDÍO PATO, J.A. (2003): El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (pp. 190-191).

<sup>44</sup> Cfr. TARDÍO PATO (*op. cit.*) (pp. 209-211). Este autor cita como ejemplos las SSTS de 7 de marzo de 1995, de 26 de marzo de 1996 y de 26 de octubre de 1999. Cita también la STS (Sala III) de 4 de octubre de 1983, que da preferencia aplicativa a una norma de rango reglamentario considerada especial sobre una norma con rango de Ley, al entender que «*el Real Decreto-Ley 31/1978 (de 31 de octubre, de Política de Viviendas de Protección Oficial, que establece una regulación básica y genérica del régimen de dichas viviendas, que incluye normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento) es inidóneo para desvirtuar los efectos de una norma reglamentaria, el artículo 17, párrafo 3, apartado d), del Real Decreto 3148/1978 (de 10 de noviembre, que solo exige para la obtención de la calificación definitiva de las viviendas citadas un certificado de terminación de las obras del Arquitecto-Director de las mismas y no de los Aparejadores y Arquitectos Técnicos que han intervenido en ellas), dado que la norma de superior rango legal es general, que se limita a atribuir competencias genéricas, y la norma reglamentaria recurrida es una norma especial,*

que establece la competencia específica cuya regulación se impugna, debiendo “prevalecer el principio hermenéutico generalia, specialia non derogat” (considerando 5.”). También cita la STS (Sala III) de 18 de septiembre de 1984, « que aplica preferentemente una Resolución del Director General del año 1979 (26 de diciembre de 1979, de la Dirección General de Transportes Terrestres, que autorizaba a los organismos periféricos del Ministerio de Obras Públicas a proponer a la citada Dirección General la transmisión inter vivos de la tarjeta de transporte de mercancías), sobre una Orden Ministerial de 1980 (de 27 de junio de 1980, del Ministerio de Obras Públicas, destinada a fijar anualmente el cupo de autorizaciones de los servicios públicos discrecionales de mercancías). Y subraya la Sentencia que la Resolución de 1979 posee el carácter de disposición especial y que, en la Orden Ministerial de 1980 no aparece precepto alguno que la derogue expresamente o se oponga a su contenido; pues parte del principio general de que para que las disposiciones especiales puedan estimarse derogadas o abrogadas precisan bien de una expresa y nominativa derogación en una norma posterior de carácter general o la anulación por otra disposición posterior que tenga el mismo carácter especial. En el caso controvertido, la Sentencia prima, por lo tanto, la especialidad normativa no solo sobre el principio de temporalidad de las normas, sino también sobre el de jerarquía normativa».

<sup>45</sup> CERDEIRA (op. cit., 1707-1708), señaló que la aplicación del artículo 1852 al hipotecante no deudor es un justo desideratum, que *de lege ferenda* podría resultar plausible, aunque *de lege lata* no lo sea. Cita a otros autores que en el Derecho comparado han señalado este agravio comparativo entre el fiador y el hipotecante no deudor (DE PAGE en Francia y ASCOLI en Italia).

<sup>46</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica), en *Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera, Estudios jurídicos varios, Volumen I. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España*. Instituto Editorial Reus. Madrid. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. (op. cit., 137-255).

<sup>47</sup> GARCÍA GARRIDO, M.J. (2000): *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. Dykinson (p. 264).

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007): *Sistema contractual romano*. 3.<sup>a</sup> edición. Dykinson (p. 415).

<sup>49</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, en *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima*. Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1949, II-IV. Artículo recopilado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991): *La Persona Jurídica*. Civitas. Segunda edición (reimp.), 45-76.

<sup>50</sup> La razón de esto es que entre el sucesor del socio y los demás socios no necesariamente está presente la *affectio societatis*. Existe una *communio incidentis*, es decir, una comunidad incidental, que es aquella situación en la que el estado en común no deriva del consentimiento de los comuneros, pues no se produce como consecuencia de una decisión libremente adoptada de poner la cosa al servicio de un fin decidido por ellos (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, op. cit., 422-423).

<sup>51</sup> En relación con esta cuestión, DE CASTRO (Formación... (op. cit.) (p. 197)) habla de un movimiento legislativo que, impulsado por el liberalismo económico, se manifiesta en leyes permisoras de sociedades por acciones sin necesidad de previa autorización administrativa (el régimen de *octroi* que regía hasta entonces, propio de las corporaciones, que recibían esta autorización por ser de interés público —v.g. las llamadas *Compañías de Indias* durante la Edad Moderna). Esta nueva corriente se manifiesta por primera vez en Europa en las Leyes de Hamburgo de 28 de diciembre de 1835 y de Bremen, de 6 de diciembre de 1860, las primeras que permitieron a particulares la creación de personas jurídicas. En España, el régimen de autorización previa prevaleció hasta la llamada Revolución Gloriosa. Para DE CASTRO (Formación... (op. cit.) (p. 198)), «*los hombres de 1868 pretendieron llevar a la realidad jurídica los ideales del liberalismo*». Así, la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 20 de noviembre de 1868, sancionando el libre derecho de asociación (y firmado por Práxedes Mateo SAGASTA) reconoce el principio de libertad de asociación destacando que este ha hecho «*la grandeza y la fortuna de naciones como Inglaterra y Holanda, que explica hoy la mitad de la prodigiosa vida de los Estados Unidos*».

<sup>52</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): *Formación...* (*op. cit.*) (p. 194).

<sup>53</sup> Por ejemplo, en el caso Daimler Co. Ltd vs. Continental Tyre & Rubber Co., en relación con una sociedad constituida en Inglaterra cuyas acciones pertenecían a ciudadanos alemanes: «*El demandado alegó que la sociedad era enemiga y que, por tanto, no podía ser demandada sin autorización de la Corona. La Cámara de los Lores mantuvo esa posición desconociendo el hecho de la nacionalidad británica de la sociedad por haberse constituido en Inglaterra, y atendiendo, sin embargo, al hecho de quien detentaba el control de la sociedad y de su activo para determinar su condición de enemiga*». En los años posteriores surgió entre los especialistas en Derecho Internacional Privado una corriente favorable a no atribuir nacionalidad a las sociedades. Cfr. NIBOYET, J.P. (1927): *Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés?* *Revue de Droit International Privé*, núm. 402 (p. 22).

<sup>54</sup> PUIG BRUTAU, J. (1956), en su comentario a la STS de 11 de octubre de 1955 observa que «*la constitución de una persona jurídica no es esencial al contrato de sociedad, que es simplemente la puesta en común de bienes, dinero o industria para partir las ganancias (art. 1665 CC)*». Citado en DE CASTRO Y BRAVO, F. (1964): *Formación...* (*op. cit.*) (p. 195). También DE COSSÍO, A.: (1954) Hacia un nuevo concepto de persona jurídica. *Anuario de Derecho Civil*. Julio-septiembre de 1954, 623-654: «*Qué es lo que afirmamos cuando decimos que un determinado complejo de personas, de bienes o de relaciones se halla dotado de personalidad jurídica? [...] La crisis actual del concepto de persona jurídica deriva por tanto de su insuficiencia para explicar una serie de fenómenos*» y ESTÉVEZ, J.L. (1956): Sobre el concepto de «naturaleza jurídica». *Anuario de Filosofía del Derecho* (pp. 159 y sigs.): «*Preguntémonos ahora, antes que nada, ¿qué es una persona jurídica? [...] Entre el fenómeno asociativo y la personalidad humana, si prescindimos del alcance metafórico de la designación, no existe paridad legal*».

<sup>55</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): *La Sociedad Anónima y la deformación...* (*op.cit.*) (p. 37): «*Adviértase el absurdo técnico de hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más ratio que la conveniencia del mismo interesado, con titulidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro*».

<sup>56</sup> A modo de ejemplo, el artículo 1837 del Código Civil señala que, en caso de pluralidad de fiadores, la regla es de parciariedad (la obligación de responder se divide entre todos, de forma que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que en los contratos de fianza mercantil no existe tal beneficio de división pues en los contratos de fianza mercantil debe presumirse el carácter solidario de las obligaciones (cfr. SSTS de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969, 16 de junio de 1970, 20 de octubre de 1989 y 26 de mayo de 2004).