

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065159

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 600/2020, de 12 de noviembre de 2020

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1978/2018

SUMARIO:**Contratos. Fianza. Afianzamiento solidario de un crédito hipotecario. Relevación de fianza por hechos culpables del acreedor en perjuicio de los derechos del fiador. Abuso de derecho. Extinción por consolidación.**

Se distinguen dos categorías de **causas de extinción de la fianza**: las propias de la deuda garantizada, y las específicas de la obligación del fiador. Estas segundas extinguen la fianza, pero dejan subsistente la obligación garantizada. Las causas del primer grupo se explican y fundamentan en el hecho de que la fianza es una obligación o relación accesoria, y por ello extinguida la obligación principal asegurada, se extingue también la fianza que la garantiza. Y ello cualquiera que sea la causa de la extinción de la obligación principal: todos los medios de satisfacción del interés del acreedor principal que liberan al deudor principal liberan también al deudor subsidiario y extinguen la fianza. Además, existen causas que provocan la extinción de la fianza de forma independiente de la obligación principal, pues el vínculo obligacional derivado de la fianza y el derivado de la obligación afianzada, aun estando causalmente interrelacionados, son distintos y mantienen su propia autonomía. Así, el pago hecho por el fiador extingue su obligación como fiador, pero mantiene como efecto propio de la fianza el derecho de reintegro o de reembolso. Y con carácter general, el art. 1.847 CC predica respecto de la obligación del fiador las causas generales de extinción de las obligaciones, esto es, las del art. 1.156 CC (sin perjuicio de las especialidades que concreta para algunos casos el Código, como, por ejemplo, la confusión en las posiciones jurídicas de fiador y deudor cuando uno de ellos hereda al otro).

Entre las causas específicas de extinción de la obligación del fiador, distintas de las generales del art. 1.156 CC y distintas también de las propias de la obligación garantizada, **interesa a los efectos de esta litis la prevista en el art. 1.852 CC**. Dispone este precepto que "los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo".

El fundamento de esta norma no se encuentra en meras razones de equidad, sino que brota de la estructura misma del negocio de fianza. El fiador intercede en una obligación ajena, pero en virtud de una relación jurídica de la que forman parte también como elemento constitutivo los derechos de reembolso y de subrogación. Si este último elemento constitutivo de la relación fideiusoria es alterado, perjudicado o perturbado por una actuación propia del acreedor, es éste quien debe soportar las consecuencias y no el fiador. La lesión del derecho del fiador a la subrogación provoca una alteración en las condiciones de actuación de la obligación garantizada, a la que es ajeno el fiador y que no puede perjudicarlo sin adular el equilibrio prestacional propio del tipo negocial analizado (aquellas condiciones mutadas fueron tenidas en cuenta al convenir la fianza, y el fiador debe poder confiar en que el acreedor conservará con diligencia las garantías ofrecidas por el deudor principal). 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 art. 1.852 CC, que constituye una suerte de sanción por el incumplimiento de tal carga. Pesa, pues, sobre el acreedor una carga, un deber jurídico, de diligencia. Por ello se afirma que el obstáculo o la imposibilidad de la subrogación debe responder a un hecho propio, una conducta positiva o una mera omisión del acreedor, que le resulte imputable (se excluye el caso fortuito). El efecto liberatorio previsto en el art. 1.852 CC requiere determinar, a través de su exégesis, los siguientes extremos: (i) los hechos o actos del acreedor que tienen entidad y virtualidad para provocar la extinción de la fianza; (ii) los derechos y garantías sobre los que se proyecta el deber de conservación; y (iii) el nexo causal entre (a) la conducta del acreedor, (b) la imposibilidad de subrogación, y (c) la existencia de un perjuicio para el fiador.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Código Civil, arts. 7, 513.2, 546.1, 1.023, 1.156, 1.192, 1.203.3.º, 1.205, 1.210.3.º, 1.212, 1.822, 1.838, 1.839, 1.847, 1.848, 1.852 y 1.858.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 104, 118, 134 y 154.2.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 218.2, 469.1. 4.º, 477, 657, 668.2, 674 y 692.
Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 175.2.ª, 190, 218 y 231.

PONENTE:

Don Juan María Díaz Fraile.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 600/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1978/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1978/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 108/2018, de 12 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 678/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Córdoba, sobre extinción de fianza en préstamo hipotecario subrogado.

Es parte recurrente Cajasur Banco, S.A.U., representado por el procurador D. Antonio Orti Baquerizo y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Mendoza Álvarez.

Es parte recurrida D. Romualdo, D.ª Virtudes y D. Santiago, representados por el procurador D. José Bernardo Cobo Martínez de Murguía y bajo la dirección letrada de D.ª Carmen Gutiérrez Labrador.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.ª Mercedes Cabañas Gallego, en nombre y representación de D. Romualdo, D.ª Virtudes y D. Santiago interpuso demanda de juicio ordinario contra Cajasur Banco, S.A.U., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] Declare extinguida la fianza prestada por Don Romualdo, Doña Virtudes, y Don Santiago en el contrato de préstamo hipotecario formalizado el 29 de enero de 1999 con subrogación de Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba el 30 de julio del año 2003 y con novación por ampliación de plazo y préstamo del mismo día, siendo prestataria o deudor principal Acera de Guerrita 131, S.L., según resulta de las Escrituras Públicas otorgadas ante el Notario D. Carlos Alburquerque Llorens, bajo el n.º 4.169 y 4170 de su protocolo.

"- Declare que no procede reclamar a los actores el préstamo otorgado por BBVA a "Acera de Guerrita 131 SL", formalizado el 29/1/1999, con subrogación de Cajasur como prestamista y ampliación de capital y plazo, formalizado en escrituras de 30 de julio de 2003.

"- Mande cancelar los embargos trabados sobre los bienes de mis patrocinados en los autos de ejecución de títulos no judiciales 755/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Córdoba.

"- Indemnice a mis patrocinados por cuantos daños y perjuicios se les ocasionen como consecuencia de la ejecución de la fianza del préstamo descrito, en el párrafo anterior, cuya cuantía deberá determinarse en ejecución de sentencia: Costas judiciales, intereses y cualquier otro que la reclamación a fiadores de esta deuda pueda ocasionar a mis patrocinados.

"- Condene a la Entidad Cajasur Banco, S.A.U. el pago de las costas procesales causadas en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 16 de mayo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Córdoba, fue registrada con el n.º 678/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Antonio Orti Baquerizo, en representación de Cajasur Banco, S.A.U., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Córdoba dictó sentencia 81/2017, de 15 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sra. Cabañas Gallego, en nombre y representación de D. Romualdo, Virtudes y D. Santiago, contra Cajasur Banco, S.A.U.,

"1.- Debo declarar y declaro extinguida la fianza prestada por D. Romualdo, D.ª Virtudes y D. Santiago en el contrato de préstamo hipotecario formalizado el 29 de enero de 1999, con subrogación de Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba el 30 de julio del año 2003 y con novación por ampliación de plazo y objeto del mismo día, según resulta de las escrituras públicas otorgadas ante el Notario D. Carlos Alburquerque Llorens, bajo el n.º 4.169 y 4170 de su protocolo.

"2.- Debo declarar y declaro que la demandada no tiene derecho a reclamar a los actores, en virtud de la fianza indicada en el punto anterior, el préstamo indicado en el mismo.

"3.- Debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión contenida en el apartado tercero del suplico de la demanda.

"4.- Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cajasur Banco, S.A.U. e impugnada por los demandantes. La representación de D. Romualdo, D.ª Virtudes y D. Santiago se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el número de rollo 798/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 108/2018, de 12 de febrero, cuyo fallo dispone:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Orti Baquerizo, en representación de Cajasur Banco, S.A.U., y desestimando la impugnación interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Cabañas Gallego, en representación de D. Romualdo, Dña. Virtudes y D. Santiago contra la sentencia dictada el día 15 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Córdoba, en los autos de Juicio Ordinario núm.678/2016, confirmamos en todos sus extremos la mencionada resolución, con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante respecto de las derivadas del recurso de apelación y a la impugnante respecto de las derivadas de la impugnación".

Tercero. Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- El procurador D. Antonio Orti Baquerizo, en representación de Cajasur Banco, S.A.U., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1) Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por infracción del art. 218.2 LEC y art. 24 CE, y la doctrina legal expresada en las STS 352/16 de 30 de mayor (Pleno), con cita de otras muchas, sobre error en la valoración de la prueba documental".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1) Al amparo del art. 477.1, 477.2.3º y 477.3 LEC, por infracción, en cuanto aplicación indebida, del art. 1.839 y 1.852 del Código Civil (CC), y la doctrina legal expresada en las SSTS 980/1993, de 20 de octubre, 29 de noviembre de 1997 (RC 2851/1993), 409/2002, de 8 de mayo, 803/2003, de 21 de julio, 470/2007, de 4 de mayo, 1150/2008, de 4 de diciembre, y 515/13, de 5 de septiembre, sobre relevación de fianza por hechos culpables del acreedor en perjuicio de los derechos del fiador.

" 2) Al amparo del art. 477.1, 477.2. 3º y 477.3 LEC, por infracción, en cuanto aplicación indebida, del art. 7.2 CC, y de la doctrina legal expresada en las SSTS de 7 de julio 1980, 76/95 de 13 de febrero, 902/95 de 19 de octubre, sobre abuso de derecho".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de junio de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de D. Romualdo, D.ª Virtudes y D. Santiago se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes hechos fijados en la instancia:

i) El 29 de enero de 1999, BBVA concedió un préstamo a la mercantil "Acera de Guerrita 131, S.L.", garantizado mediante hipoteca sobre la finca registral NUM000, del Registro de la Propiedad número dos de Córdoba, y afianzado solidariamente por los demandantes.

ii) El 30 de julio de 2003, Cajasur se subrogó en el préstamo hipotecario anterior, que inmediatamente después fue novado por ampliación de plazo e importe de forma que el capital prestado ascendía a 330.000 euros, a pagar en 294 cuotas. Tanto la subrogación como la novación fueron suscritas también por los fiadores.

iii) El 30 de diciembre de 2003, la finca hipotecada (titularidad de "Acera de Guerrita 131, S.R.L.") se vendió a terceros, articulándose formalmente la venta mediante la transmisión de las participaciones de la sociedad a los compradores, al tratarse de una sociedad patrimonial cuyo único bien era la finca hipotecada.

iv) El 25 de septiembre de 2009, Cajasur otorgó un nuevo préstamo a una sociedad vinculada a "Acera de Guerrita 131 S.L.", constituyéndose segunda hipoteca sobre el mismo inmueble en garantía de este préstamo.

v) En agosto de 2010, "Acera de Guerrita 131 S.L." dejó de pagar el primero de los citados préstamos.

vi) El 15 de diciembre de 2010, y ante el impago del primer vencimiento del segundo préstamo (en septiembre de 2010), Cajasur liquidó anticipadamente este préstamo y promovió la ejecución hipotecaria, dando lugar a los autos de ejecución hipotecaria 85/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba; el 21 de diciembre de 2011 se dictó decreto de adjudicación a favor de Cajasur por un valor de 510.710 euros (60 % del valor de tasación), y se ordenó la cancelación de la hipoteca ejecutada. Como consecuencia de la adjudicación de la finca a Cajasur, ésta solicitó la cancelación también de la primera hipoteca por su consolidación con el dominio de la finca.

vii) En mayo de 2014, Cajasur presentó demanda de ejecución de título no judicial, por impago del primer préstamo, frente a "Acera de Guerrita 131 S.L." y los actores, que dio lugar a los autos 756/2014, seguidos ante el Juzgado el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba, que despachó la ejecución.

2.- Los Sres. Romualdo y Santiago interpusieron una demanda de juicio ordinario contra Cajasur Banco, S.A.U., en la que solicitaban se dictara sentencia por la que: (i) se declare extinguida la fianza prestada; (ii) se declare que no procede reclamar a los actores el préstamo otorgado por BBVA a "Acera de Guerrita 131" formalizado el 29 de enero de 1999, posteriormente subrogado a favor de Cajasur, y novado por ampliación de plazo y de capital, según escritura de 30 de julio de 2003; (iii) se ordene cancelar los embargos trabados sobre los bienes de los actores como consecuencia del procedimiento de ejecución judicial promovido contra estos por razón de la citada fianza y préstamo; (iv) se indemnice a los actores por los daños y perjuicios causados por dicha ejecución; y (v) la condena a la entidad demandada al pago de las costas.

3.- El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró extinguida la fianza. Razonó, en esencia, que concurren los requisitos objetivos y subjetivos para apreciar abuso de derecho en la demandada Cajasur, apreciándose una conducta tendente a perjudicar a los actores. Desestimó la pretensión de ordenar la cancelación de los embargos decretados y la condena a la indemnización de los daños y perjuicios, al entender que carecía de competencia objetiva para ello.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por Cajasur e impugnada por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó tanto la apelación como la impugnación. En lo que ahora resulta relevante, argumentó lo siguiente:

"Un nuevo examen y valoración por esta Sala de las actuaciones y prueba aportada y practicada lleva necesariamente a concluir que el recurso no puede prosperar y que procede la confirmación de la resolución recurrida, en cuanto la misma es fruto de una acertada labor de valoración e interpretación de la prueba obrante, obviando el apelante, por lo que se refiere al presupuesto subjetivo (1) que resulta extraño -por no decir ilógico o irracional- que CAJASUR conceda un segundo préstamo por un principal superior al primero (que contaba como garantía una primera hipoteca y tres fiadores con patrimonio) mientras que para el segundo préstamo se admita como garantía únicamente una hipoteca sobre un bien previamente hipotecado, máxime tratándose de una operación de refinanciación en la que los informes de riesgo mencionaban la situación total de iliquidez y morosidad generalizada, (2) que en el segundo préstamo que se concede a la entidad MIRALBAIDA, S.A., se indica (escritura de 25.9.2009, documento núm.7) que "el importe íntegro del préstamo se destinará necesariamente a los fines que, a continuación, se detalla. La parte prestataria consiente en este acto y apodera de forma irrevocable a Cajasur para que aplique dicho importe del préstamo a los fines seguidamente indicados", estableciendo igualmente que "La parte prestataria apodera, irrevocablemente, a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba para que, una vez acreditado lo indicado en los apartados precedentes, cancele, con cargo al importe ingresado en la cuenta anteriormente citada, los gravámenes que afectan o puedan afectar a la finca que en esta escritura de hipoteca, con carácter preferente a dicha hipoteca" y pese a eso no se canceló la primera hipoteca, (3) que siendo el plazo por el que se otorga el préstamo de dos años, siendo amortizado mediante una única entrega de capital a satisfacer el día en que cumplan los dos años, en el año 2010, con el impago de la primera cuota (por importe de 18.000 €,

exclusivamente de un año de intereses) se declara vencido el segundo préstamo - cuando por contrato debía estar la cantidad depositada en la cuenta e igualmente estaba impagado el primer préstamo - y se saca inmediatamente el bien a subasta, adjudicándose el bien por el 60% de su valor de tasación (815.000 €), y (4) que CajaSur era consciente que no acudirían más postores a dicha subasta porque en el Registro pervivía la primera hipoteca.

"En cuanto a los presupuestos objetivos del abuso de derecho, es 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 hoy apelados, pues las perspectivas de recobro, como indica la sentencia apelada (que considera que el artículo 1852 CC aunque no sea aplicable debe ser tenido en cuenta), son ilusorias por la actuación del acreedor, dada la insolvencia del deudor principal.

"Cabe insistir en que de la lectura del mandato del artículo 1.852 del Código Civil se desprende que conforme a dicha norma debe considerarse justo y equitativo que cuando por un acto voluntario del acreedor, o por culpa suya, no pudiera tener lugar el derecho concedido por el artículo 1.839 del mismo texto legal sustantivo al fiador para subrogarse, por virtud del pago, en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, quede aquél libre de su obligación (fianza), pues pugnaría con cualquier sentido jurídico el que se permitiera al acreedor causante de ello perseguir al fiador cuya situación se perjudica privándole, sin culpa alguna por su parte, de los medios para hacer efectivo el reintegro o la indemnización a que se refiere el artículo 1.838 del Código Civil. En ese sentido, no puede ser que, por propia voluntad del acreedor, o por causa suya, se empeoren las condiciones conocidas del fiador, y si permitido estuviera que pudiera reclamarse de este el cumplimiento de la obligación de afianzamiento que contrajo por virtud del contrato de fianza, en el caso al que el precepto se refiere, quedaría al libre arbitrio del acreedor perjudicar la condición del fiador cuando quisiera con solo ejecutar algún hecho obstativo a la subrogación indicada. Como nos recuerda la STS 15.11.2011 (Nº 829/2011, rec 544/2008) "El art. 1852 CC prevé un supuesto de liberación del deudor solidario cuando el acreedor perjudica, con su conducta, los derechos de reintegro y subrogación del fiador, de modo que si, como en el caso actual, desaparecen las garantías, el fiador queda liberado. Como afirma la doctrina, existe 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 la fianza y si lo hace, el fiador quedará liberado".

" Esto es lo que ha acontecido en el supuesto enjuiciado, ya que, de haber ejecutado la primera hipoteca, los fiadores podrían haber pagado la deuda, subrogándose en los derechos de CajaSur (artículo 1839 CC), entre ellos la acción hipotecaria para recuperar, con la finca, lo pagado al acreedor hipotecario, por lo que procede, tal como se ha adelantado, la confirmación de la sentencia apelada".

5.- Cajasur ha interpuesto un recurso extraordinario de infracción procesal, basado en un único motivo, y otro recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, articulado en dos motivos, que han sido admitidos.

Segundo. Recurso extraordinario de infracción procesal. Formulación y admisibilidad del único motivo.

1.- El único motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 4º LEC, tras citar como infringidos los arts. 218.2 LEC y 24 CE, denuncia la ilógica valoración de la prueba documental.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la anormalidad en el ejercicio de un derecho es fundamentalmente una cuestión jurídica, pero que está íntimamente ligada a la valoración probatoria y que por ello se formula este motivo.

3.- Los óbices de admisibilidad opuestos por los recurridos en su escrito de oposición no pueden acogerse favorablemente. El acierto o no de las alegaciones de la recurrente sobre la supuesta existencia de un error notorio o arbitrariedad en la valoración de la prueba, que imputa a la Audiencia, y sus consecuencias en la sentencia, son cuestiones que no afectan a la admisibilidad del motivo sino, a la vista de su fundamentación, a la decisión sobre su estimación o desestimación.

Tercero. Decisión de la Sala. Valoración de la prueba. Desestimación.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

1.- Hemos de partir de la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC. La doctrina de la sala al respecto se contiene, entre otras, en la sentencia 229/2019, de 11 de abril:

"El recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en

el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales".

2.- En nuestro caso, la entidad recurrente reconoce que la anomalía en el ejercicio de un derecho, conforme a lo establecido en el art. 7.2 CC, como causa de la extinción de la fianza, en que se basa la ratio decidendi de la sentencia impugnada, es fundamentalmente una cuestión jurídica sustantiva, y por ello se ha alegado su infracción en el seno del recurso de casación. Sin embargo, entiende que al tratarse de una cuestión íntimamente ligada a la valoración de la prueba no puede disociarse de la controversia jurídica de fondo, ni separarse las cuestiones sustantivas y las procesales. Y en base a dicha ligazón da por reproducidos en este motivo los argumentos que invoca para fundar el recurso de casación concurrentemente presentado.

3.- En la propia argumentación esgrimida en apoyo del motivo se encuentra el fundamento de su desestimación, porque la errónea valoración que se impugna es una valoración jurídica y no tanto fáctica. No se impugna que se tuviera por probado un determinado hecho o conjunto de hechos, que conduzcan a modificar la base fáctica del proceso, o la infracción de alguna de las normas que tasan el valor de determinados medios de prueba. Pruebas que en el caso son (en lo que ha conformado el factum) de carácter documental, sin tacha de falta de autenticidad, sino la valoración jurídica que del conjunto del material probatorio se ha hecho para concretar el supuesto de hecho y su subsunción en la norma sustantiva que ha fundado la decisión de la Audiencia. Esta valoración jurídica debía ser impugnada, como de hecho se hace también, mediante el recurso de casación, que pasamos a analizar.

Cuarto. Recurso de casación. Formulación y admisibilidad de los motivos.

1.- El primero motivo, formulado al amparo de los arts. 477.1, 477.2.3.º y 477.3 LEC, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 1839 y 1852 CC y de la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias de esta sala 980/1993, de 20 de octubre, 29 de noviembre de 1997, 409/2002, de 8 de mayo, 803/2003, de 21 de julio, 470/2007, de 4 de mayo, 1150/2008, de 4 de diciembre y 515/2013, de 5 de septiembre, sobre relevación de fianza por hechos culpables del acreedor en perjuicio de los derechos del fiador.

En esencia, en su desarrollo se alega que no puede reprocharse conducta negligente o culpable a la recurrente, pues quien ejercita su derecho no hace daño a nadie, y que la ejecución de la hipoteca, sea la primera o la segunda, es indiferente para una eventual subrogación, pues en uno y en otro caso se produce la cancelación de la hipoteca; de forma que tampoco en el caso de que se hubiese ejecutado la primera hipoteca se hubiese conservado un eventual derecho de subrogación, pues la cancelación de esa hipoteca deviene inevitable.

2.- El segundo motivo, introducido también al amparo de los arts. 477.1, 477.2. 3.º y 477.3 LEC, se basa en la infracción, por aplicación indebida, del art. 7.2 CC y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala de 7 de julio de 1980, 76/1995 de 13 de febrero, y 902/1995 de 19 de octubre, sobre abuso de derecho.

El motivo, en síntesis, se basa en la idea de que la sentencia contiene especulaciones sobre cuál era la verdadera intención de Cajasur al ejecutar uno de los préstamos hipotecarios, y no tiene en cuenta que nos encontramos ante dos operaciones (préstamos) diferentes, cada una con sus propias características e independiente de la otra.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó la inadmisibilidad de ambos motivos, en los dos casos por falta de concurrencia de interés casacional.

No puede acogerse este óbice procesal. El recurso, en sus dos motivos, concreta los preceptos legales cuya infracción denuncia, cita con precisión las sentencias de la sala que estima vulneradas, identifica las cuestiones jurídico-sustantivas suscitadas, cuyo interés casacional ya fue aceptado en el trámite de admisión, y no altera la base fáctica de la sentencia de la Audiencia, ya que lo que se plantea es una cuestión jurídica y no fáctica, cual es la existencia o no de abuso del derecho en la actuación de la entidad recurrente y la procedencia o no de reconocer efecto liberatorio de la fianza a los hechos de ésta que dan lugar a aquella eventual actuación abusiva.

4.- La estrecha vinculación, lógica y jurídica, de ambos motivos aconseja su resolución conjunta, pues, en los términos en que se han planteado, no puede separarse el eventual reconocimiento del abuso de derecho en que habría incurrido, según los recurrentes, la entidad acreedora (art. 7.1 CC), de los presupuestos y efectos de la

extinción o liberación de la fianza que prevé el Código en el caso de que determinados hechos del acreedor impidan la subrogación del fiador en sus derechos, privilegios y garantías (art. 1852 CC).

Quinto. *Consideraciones previas. Naturaleza y caracteres de la fianza. Su consideración contractual en la jurisprudencia.*

Para la resolución del presente recurso hemos de partir de las siguientes consideraciones previas.

1.- Naturaleza y caracteres de la fianza. El art. 1822 CC dispone que "por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este". Añade en su segundo párrafo que "si el fiador se obligará solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección Cuarta, capítulo 3º del título 1º de este libro".

Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Como pusimos de manifiesto en la sentencia 56/2020, de 27 de enero, esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador).

2.- De esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesoria respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella.

Dentro de ese esquema la subsidiariedad mencionada es un elemento típico de la fianza, en el sentido de que el fiador, en principio, solo debe cumplir su obligación en caso de que el deudor incumpla la suya.

3.- Por otra parte, la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC). Pero incluso en el supuesto de la denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal la fianza no queda desnaturalizada (sentencia del Tribunal Supremo 2 de octubre de 1990).

4.- La consideración contractual de la fianza en la jurisprudencia. Esta autonomía, dentro de la interdependencia y accesoriedad señaladas, entre ambos vínculos contractuales, principal y accesorio o de garantía (crédito y fianza) aparece reflejada también en las sentencias de esta sala. Así afirma la sentencia núm. 770/2002, de 22 julio:

"el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal [...]. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil [...], aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (STS 10-4-1995, en recurso 551/1992)".

Se confirma pues, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, el carácter diferenciado de una y otra obligación, de uno y otro contrato, el que da nacimiento a la obligación principal y el que constituye la obligación fideiusoria, con independencia de que ambos se formalicen o exterioricen en un mismo documento, como sucede en el caso del crédito hipotecario y el afianzamiento objeto de esta litis.

Como veremos esta caracterización de la fianza tiene una relevancia decisiva en el régimen de sus causas de extinción.

Sexto. *El régimen de extinción de la fianza. La liberación del fiador en caso de imposibilidad de subrogación en los derechos del acreedor.*

1.- El derecho de subrogación del fiador en los derechos del acreedor. El 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 y un correlativo empobrecimiento del fiador (sentencia de 3 de junio de 1946), y que responde al carácter propio de la fianza como negocio de garantía.

Este derecho de crédito del fiador frente el deudor principal, cuya deuda ha pagado, se puede articular y satisfacer a través de dos vías distintas: (i) mediante una acción de reembolso o regreso, y/o (ii) atribuyendo al fiador un derecho a subrogarse en el crédito y derechos accesorios que tenía el acreedor que cobró. En este segundo caso (subrogación) el crédito es el mismo que ostentaba el acreedor original, y por ello su antigüedad no es la que corresponde a la fecha de la subrogación, sino la de su constitución inicial, y, además, atribuye al fiador, junto con la titularidad del crédito pagado, los derechos accesorios del mismo crédito, en particular, los privilegios, preferencias y garantías de otro tipo de que el crédito pagado estuviera investido.

2.- Nuestro Derecho reconoce ambos derechos, y correlativas acciones, al fiador: el reembolso y la subrogación. En concreto, el art. 1838 CC dispone que "el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este", a modo de acción de reembolso (indemnización que comprende, además de la cantidad total de la deuda pagada, los intereses legales, los gastos ocasionados, y los daños y perjuicios); y el art. 1839 reconoce el derecho de subrogación del fiador, al sancionar que "el fiador se subroga por el pago en todos los derechos del acreedor tenía contra el deudor".

Este último precepto constituye una singularización o especificación para el caso de la fianza, una subespecie, de lo previsto con carácter general en el art. 1210.3º CC, en la medida en que el pago hecho por el fiador es sin duda un pago hecho por "persona interesada" en la obligación.

3.- La subrogación atribuye al fiador subrogado el mismo derecho que tenía el acreedor pagado, con sus garantías, privilegios y preferencias. Se trata de un supuesto de novación subjetiva del crédito (art. 1203.3º CC). En virtud del art. 1839, mediante el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del acreedor inicial por el fiador subrogado, que sustituye a aquel como su sucesor (*successio in locum creditoris*), sin que, por tanto, a estos efectos, se pueda hablar del nacimiento de un derecho, como diversamente ocurre en el caso del derecho a ser indemnizado del art.1838 CC (sentencia de 13 de febrero de 1988).

Como ha destacado la doctrina especializada, de la propia esencia de la fianza deriva que cuando el fiador paga al acreedor cumple su propia obligación y mediante este cumplimiento satisface el interés perseguido por el acreedor en la obligación principal, obligación que no se ha extinguido por dicho pago, aunque suponga la liberación del deudor frente a su primitivo acreedor. El pago provoca la extinción de la obligación propia del fiador y la liberación del deudor frente al acreedor original, pero no la extinción de la obligación principal afianzada. En su lugar se produce una novación subjetiva del vínculo obligatorio principal, legalmente prevista. El pago que de su obligación efectúa el fiador forma parte del contenido propio de la garantía asumida, contenido que integran también los derechos de reembolso y subrogación (presupuesto aquel pago).

4.- El funcionamiento de la subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor puede desenvolverse bajo distintas modalidades, según que la acción a que habilita se dirija eventualmente contra un tercero (v.gr. acciones revocatorias o subrogatorias) o contra el deudor principal. En este caso, el fiador podrá ejercitar una acción directamente dirigida a obtener la prestación mediante un pronunciamiento de condena, o podrá ejercitar en beneficio propio las garantías existentes frente a terceros a favor del acreedor en el momento del pago, siendo esta, como señala la doctrina, una de las mayores ventajas de la subrogación frente a la acción de reembolso o regreso (que, sin embargo, es objetivamente más amplia por incorporar conceptos ajenos a la propia deuda afianzada, como la indemnización de los eventuales perjuicios sufridos: vid. art. 1838 CC). Igualmente podrá reclamar en caso de concurso los privilegios que puedan corresponder al crédito afianzado.

5.- Un supuesto de particular dificultad se presenta en el caso de que el fiador asegure una deuda garantizada también por hipoteca, prenda u otra garantía real, constituida por persona distinta del deudor principal.

En estos casos de garantías (fideiusoria e hipotecaria) concurrentes, si el fiador paga la deuda, queda facultado para subrogarse e ingresar en la posición del acreedor, y puede aprovecharse de la garantía hipotecaria. Pero si quien paga es el constituyente de la hipoteca (o un tercer poseedor, que al adquirir la finca queda gravado por dicha carga), igualmente podrá subrogarse en la posición del acreedor inicial (art. 1210.3º CC), pudiendo invocar en su favor el art. 1212 CC, conforme al cual "la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas" (en este caso la fianza).

6.- Surge con ello un potencial conflicto que, a pesar de las concomitancias de ambos supuestos, no es preciso dirimir en este caso, en el que la controversia no surge sobre la prioridad o preferencia en el ejercicio del derecho de subrogación entre varios garantes, sino a causa de la imposibilidad de su ejercicio. Imposibilidad que

deriva del hecho de que: (i) concurren simultáneamente dos garantías (fianza e hipoteca) en el aseguramiento de la misma obligación (el préstamo concedido en 1999 a "Acera de Guerrita 131" y novado en 2003), y dos hipotecas sobre la misma finca (la primera en garantía de aquel préstamo, y la segunda en garantía de un préstamo distinto concedido por el mismo acreedor - CajaSur -); y (ii) la ejecución de la segunda hipoteca ha dado lugar a la adjudicación de la finca a favor del acreedor de ambos préstamos, con efecto solutorio de uno sólo (el segundo), pero extintivo de las dos hipotecas (la segunda por efecto de la propia ejecución - art. 674 LEC -, y la primera por la consolidación del pleno dominio al coincidir en la misma persona - Cajasur - la titularidad del dominio gravado y del gravamen hipotecario de primer rango).

7.- La 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 aquél 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. Los demandantes han defendido la tesis, acogida favorablemente por ambos órganos de instancia, de que en este caso procede la declaración de la extinción de la fianza por el efecto liberatorio que a tales hechos obstativos de la subrogación imputables al acreedor anuda el art. 1852 CC. Lo que obliga a analizar esta causa de extinción de la fianza.

8.- Causas de extinción de la fianza. Establece el art. 1847 CC que "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones". Este precepto distingue, pues, dos categorías diferentes de causas de extinción de la fianza: las propias de la deuda garantizada, y las específicas de la obligación del fiador. Estas segundas extinguen la fianza, pero dejan subsistente la obligación garantizada. Las causas del primer grupo se explican y fundamentan en el hecho de que la fianza es una obligación o relación accesoria, y por ello extinguida la obligación principal asegurada, se extingue también la fianza que la garantiza. Y ello cualquiera que sea la causa de la extinción de la obligación principal: todos los medios de satisfacción del interés del acreedor principal que liberan al deudor principal (art. 1156 CC), liberan también al deudor subsidiario y extinguen la fianza.

Pero, además, existen causas que provocan la extinción de la fianza de forma independiente de la obligación principal, pues, como vimos en el anterior fundamento jurídico quinto, el vínculo obligacional derivado de la fianza y el derivado de la obligación afianzada, aun estando causalmente interrelacionados, son distintos y mantienen su propia autonomía. Así, el pago hecho por el fiador extingue su obligación como fiador, pero mantiene como efecto propio de la fianza el derecho de reintegro o de reembolso. Y con carácter general, el art. 1847 CC predica respecto de la obligación del fiador las causas generales de extinción de las obligaciones, esto es, las del art. 1156 CC (sin perjuicio de las especialidades que concreta para algunos casos el Código, como, por ejemplo, el art. 1848 respeto de la confusión en las posiciones jurídicas de fiador y deudor cuando uno de ellos hereda al otro).

9.- Entre las causas específicas de extinción de la obligación del fiador, distintas de las generales del art. 1156 CC y distintas también de las propias de la obligación garantizada, interesa a los efectos de esta litis la prevista en el art. 1852 CC. Dispone este precepto que "los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo".

El fundamento de esta norma, como ha destacado la doctrina más autorizada, no se encuentra en meras razones de equidad, sino que brota de la estructura misma del negocio de fianza. El fiador intercede en una obligación ajena, pero en virtud de una relación jurídica de la que forman parte también como elemento constitutivo los derechos de reembolso y de subrogación. Si este último elemento constitutivo de la relación fideiusoria es alterado, perjudicado o perturbado por una actuación propia del acreedor, es éste quien debe soportar las consecuencias y no el fiador. La lesión del derecho del fiador a la subrogación provoca una alteración en las condiciones de actuación de la obligación garantizada, a la que es ajeno el fiador y que no puede perjudicarlo sin adular el equilibrio prestacional propio del tipo negocial analizado (aquellas condiciones mutadas fueron tenidas en cuenta al convenir la fianza, y el fiador debe poder confiar en que el acreedor conservará con diligencia las garantías ofrecidas por el deudor principal).

10.- 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 art. 1852 CC, que constituye una suerte de sanción por el incumplimiento de tal carga. Pesa, pues, sobre el acreedor una carga, un deber jurídico, de diligencia. Por ello se afirma que el obstáculo o la imposibilidad de la subrogación debe responder a un hecho propio,

una conducta positiva o una mera omisión del acreedor, que le resulte imputable (se excluye el caso fortuito). Como anota García Goyena en sus comentarios "por ser la subrogación de derecho, si no puede realizarse por hecho o culpa del acreedor, no debe a éste ser permitido perseguir al fiador: la regla de derecho es que a cada cual daña su culpa y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición".

11.- El efecto liberatorio previsto en el art. 1852 CC requiere determinar, a través de su exégesis, los siguientes extremos: (i) los hechos o actos del acreedor que tienen entidad y virtualidad para provocar la extinción de la fianza; (ii) los derechos y garantías sobre los que se proyecta el deber de conservación; y (iii) el nexo causal entre (a) la conducta del acreedor, (b) la imposibilidad de subrogación, y (c) la existencia de un perjuicio para el fiador. Cuestiones que analizaremos a la luz de la jurisprudencia vertida en interpretación del citado precepto del Código civil.

Avanzamos ahora que no ofrece dudas que el hecho liberatorio del acreedor ha de ser anterior al pago (si fuese posterior no le resultaría oponible al fiador por el propio efecto legal de la subrogación), ni que las garantías que deben conservarse son, al menos, las existentes al tiempo de la constitución de la fianza (sobre las constituidas con posterioridad existen dudas que no es preciso abordar en esta resolución que se refiere a un supuesto en que la constitución de la hipoteca fue coetánea a la de la propia fianza).

Séptimo. *La jurisprudencia dictada sobre el art. 1852 CC.*

1.- En la jurisprudencia que ha tratado el art. 1852 CC hay que diferenciar dos aspectos: (i) por un lado, la fijación de doctrina sobre los rasgos generales de los presupuestos del supuesto de hecho a que se refiere la norma; y (ii) por otro lado, el análisis casuístico de los distintos supuestos de hecho planteados y su encaje o no en el perímetro del "hecho del acreedor" que imposibilita la subrogación, y con el que se genera un perjuicio al fiador que se compensa con su liberación de la fianza. Ambas líneas jurisprudenciales, la dogmática y la empírica, deben tomarse en consideración para extraer las reglas y criterios aplicables al caso.

2.- De entre los precedentes que conforman el corpus doctrinal de la actual jurisprudencia en la materia resulta especialmente pertinente la sentencia de la sala 409/2002, de 8 de mayo, que realiza un exhaustivo repaso jurisprudencial, relacionando y sintetizando el sentido de las siguientes resoluciones:

"La S. de 9 de julio de 1908 aprecia la extinción de la fianza porque el acreedor consiente la pérdida de la garantía sin intervención del fiador y sin utilidad alguna para el crédito afianzado; la S. de 20 de diciembre de 1910 se refiere a la exigencia de hechos propios del acreedor; la de 22 de noviembre de 1916 no libera al fiador por haberse omitido los oportunos protestos de unos pagarés, por las razones que expresa; la 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, y no considera privilegio un reparto de géneros que hicieron los acreedores del deudor en situación concursal; la S. de 7 de octubre de 1993 condiciona la liberación a que exista actividad, acción, hechos del acreedor, no bastando cualquier falta de diligencia o actividad; la S. de 7 de octubre de 1942 resuelve un caso de cooperación activa del acreedor (prestamista y gerente de la sociedad prestataria) en la producción, indebida, de la situación de insolvencia de la entidad deudora; en la S. de 9 de octubre de 1962 no consta la existencia de una actividad real de la parte demandada susceptible de impedir la subrogación; la de 10 de junio de 1966 libera porque el primitivo acreedor al transmitir el crédito sin guardar las solemnidades de la cesión ocasionó que desapareciera la garantía prendaria; en la de 1 de marzo de 1983 se insiste en la exigencia de actividad, acción, hechos y que no es suficiente cualquier falta de diligencia, y se aprecia pasividad del fiador por no exigir del acreedor que ejercitara la reserva de dominio que significaba una garantía; la de 28 de febrero de 1985 estima (a efectos meramente dialécticos) que la simple pérdida de un puesto en el rango hipotecario no puede asimilarse a la imposibilidad de subrogarse en los derechos.. (y añade) "...ni como cuestión de hecho está acreditado que los fiadores se haya visto privados de su derecho a resarcirse en los bienes del deudor principal"; la de 1 de julio de 1988 aprecia la liberación del fiador por haber hecho dejación el acreedor del ejercicio del derecho de abstención en suspensión de pagos que da lugar a la conversión en común de un crédito privilegiado; la S. de 30 de diciembre de 1988 no hace referencia al tema, pero en la instancia se aplicó art. 1852 a cancelación de embargo permaneciendo íntegro el crédito; las SS. de 27 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997 declaran que no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de éste, puntualizando la primera que no se infringe el art. 1852 CC aunque no se comunique al fiador la ejecución hipotecaria; la S. de 21 de febrero de 1997 libera al fiador porque el acreedor aplicó la garantía prendaria a un crédito distinto del que también era objeto de fianza; y la de 25 de octubre de 1997 también declara extinguida la fianza porque el prestamista hizo efectivo el préstamo a quién no estaba autorizado para el cobro".

La misma sentencia 409/2002, de 8 de mayo, extrae de los citados precedentes la siguiente doctrina general, coincidente con la expresada supra:

"El art. 1852 CC se refiere a 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 - imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad - en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito. Ha de tratarse de titularidades específicas, pues no existe una garantía general sobre el patrimonio, ni le compete al acreedor preservar la capacidad económica genérica del deudor. Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito, o cobra parte del mismo. Esta doctrina no ha sido contradicha por la conducta de la entidad acreedora, pues no consta que haya empeorado por hecho propio innecesariamente la condición del deudor, ni actuado irrazonablemente en su perjuicio, sino que observó una conducta normal encaminada al cobro del crédito [...]".

Esta doctrina se reitera en las sentencias de 3 de febrero de 2009, y de 21 de julio y de 15 de noviembre de 2011. En ésta se insiste en que la norma "da lugar a una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos" y concluye que "es una sanción por incumplimiento de dicha carga".

3.- Además de esta doctrina general, cabe añadir como jurisprudencia reiterada la de que "no libera al deudor el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de éste" (sentencias de 27 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997). O como dice la citada sentencia 409/2002, "la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho de crédito, o cobra parte del mismo".

Parece evidente que la obligación de conservación de las garantías en que eventualmente pudiera subrogarse el fiador no alcanza a aquellas que precisamente permiten, en caso de impago del deudor principal, promover la venta forzosa o ejecución del bien dado en garantía mediante el ejercicio del ius vendendi insito en la garantía real. Como dice el art. 1858 CC "es también de esencia en estos contratos [prenda e hipoteca] que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor". Venta forzosa que provoca como efecto propio, por consumación del derecho, la cancelación de la propia hipoteca ejecutada que garantizaba el crédito del ejecutante (arts. 674 y 692.3 LEC).

4.- En la posterior sentencia 470/2007, de 4 de mayo, se completa la relación de precedentes hecha en la 409/2002 con la cita de otras dos resoluciones omitidas en ésta: (i) la sentencia de 30 de enero 1999: trata de la adquisición de una finca hipotecada en fase de ejecución, subrogación legal del acreedor hipotecario adjudicatario en las cargas y gravámenes preferentes y también en la obligación de pago del crédito, a favor del mismo acreedor hipotecario y la consiguiente extinción por confusión del crédito (garantizado con la hipoteca) y por accesoriedad, consolidación del derecho real de la hipoteca (luego volveremos sobre esta sentencia); y (ii) la sentencia de 25 de octubre de 1999: contempla el caso de un hecho del acreedor que impide, por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso del préstamo exigible a la prestataria.

5.- Esta sentencia 470/2007 presenta cierta similitud con el caso de autos: la entidad bancaria acreedora "era titular de dos derechos de crédito distintos, se ejecuta un embargo primero y un crédito garantizado con hipoteca después. El fiador del deudor de este segundo [...] paga el crédito y se subroga en el crédito, pero no en el derecho real de hipoteca por razón de que ésta se había extinguido anteriormente por consolidación. No hay hecho obstativo del acreedor [...] sino que éste, en otro procedimiento, había extinguido la hipoteca por consolidación".

En consecuencia, no se apreció la pretensión de extinción de la fianza. Para reforzar esta conclusión, la sentencia añade estos elementos a la doctrina general sobre la materia:

"el 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 la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza. No así si se produce en otra, ya que aquel acreedor BANESTO, que era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro, hipotecario pero la hipoteca ya estaba 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".

Como veremos, esta similitud con el presente caso no es completa ni en sus elementos fácticos ni en el planteamiento jurídico de las pretensiones aducidas en el proceso. Los hechos fueron los siguientes: (i) la entidad acreedora, por razón de un préstamo personal a los mismos prestatarios, que habían sido afianzados en un préstamo hipotecario anterior, incoa juicio ejecutivo y se produce el embargo de la misma finca hipotecada a su favor el 16 de marzo de 1995; se le adjudica en subasta, mediante auto de adjudicación de 12 de julio de 1996, inscrito en el Registro de la Propiedad el 19 de octubre de 1996; (ii) con esta adjudicación del dominio de la finca a favor del acreedor se produce la consolidación y correlativa extinción del derecho real de hipoteca; (iii) tras la

consolidación se inicia un nuevo juicio ejecutivo, ahora por razón del préstamo hipotecario (3 de noviembre de 1996), en el que el fiador solidario paga sin poder subrogarse en la hipoteca, ya extinguida.

En este caso no consta: (i) que se ejecute antes el préstamo cuyo impago es posterior; (ii) que el segundo préstamo se concediese precisamente para destinarlo a la cancelación del préstamo precedente; (iii) que se ejecute primero el préstamo garantizado por una hipoteca de rango inferior cuya situación de impago es más reciente.

6.- En la posterior sentencia 1150/2008, de 4 de diciembre, se pone el acento en el requisito del perjuicio sufrido por el fiador:

"De los distintos supuestos estudiados en la citada sentencia, debe llegarse a la conclusión que esta Sala ha centrado el concepto "hecho del acreedor" que no permita al fiador quedar subrogado en las garantías. Según esta jurisprudencia, el art. 1852 CC se refiere a los perjuicios que el acreedor puede producir con el cambio de las condiciones de la obligación garantizada por medio de una actuación o una abstención, que produzca un perjuicio al fiador, de modo que la sentencia de 8 de mayo de 2002 dice que este artículo trata de evitar que por cualquier medio, como puede ser un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena. Hay, en consecuencia, una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos y la norma del 1852 CC es una sanción por el incumplimiento de dicha carga".

Al aplicar esta doctrina, la citada sentencia descarta el efecto liberatorio del fiador por entender que en aquel caso no se le produjo ningún perjuicio, pues la cancelación de la hipoteca de la finca gravada se consintió por el banco a cambio de recibir el precio pactado por su venta a un tercero con destino a la amortización de la deuda. Añade que no se había demostrado que en caso de haberse procedido a la ejecución de la hipoteca y venta en pública subasta se hubiese podido obtener un precio más conveniente que el que se obtuvo con la venta efectuada. No hay, por tanto, perjuicio para el fiador, al haberse minorado el importe de la deuda afianzada en el importe del precio de la venta de la finca.

7.- A todo lo anterior podemos añadir que del conjunto de la jurisprudencia reseñada se desprenden, además, como elementos delimitadores del supuesto de hecho de la norma que: (i) debe existir una relación de causalidad (relación de causa/efecto) o conexión directa entre la conducta del acreedor y la pérdida del derecho o garantía que impida la subrogación; (ii) esta conducta no precisa estar connotada por una idea de ilicitud o culpabilidad, lo que se precisa es que tenga carácter voluntario y sea determinante del efecto impeditivo citado (ejemplo paradigmático sería que el fiador garantice una deuda previamente asegurada con hipoteca, y con posterioridad a su constitución el acreedor consiente la cancelación de la hipoteca antes del pago de la deuda, sin contraprestación); (iii) el efecto liberatorio derivado de la pérdida de la posibilidad de subrogación queda enervado en caso de que respecto del hecho causante de esa pérdida haya mediado el consentimiento o intervención del fiador; éste debe ser ajeno al hecho causante; y (iv) tampoco cabe estimar la extinción de la fianza si la pérdida de la garantía es consecuencia de una disposición legal (como en el caso de la extinción de la garantía por efecto de su activación o ejercicio en un procedimiento de ejecución para obtener con el precio del remate o su adjudicación el pago de la deuda, o por su purga como consecuencia de la ejecución de una hipoteca de mejor rango - art. 692.3 LEC -).

Octavo. Decisión de la Sala. Aplicación de la jurisprudencia al caso de la litis. Desestimación del recurso.

1.- Identificación en el caso del "hecho del acreedor" obstativo a la subrogación del fiador.

De la relación de hechos acreditados en la instancia resulta:

"i) El 29 de enero de 1999, BBVA concedió un préstamo a la mercantil "Acera de Guerrita 131, S.L.", garantizado mediante hipoteca sobre la finca registral NUM000, del Registro de la Propiedad número dos de Córdoba, y afianzado solidariamente por los demandantes.

"ii) El 30 de julio de 2003, Cajasur se subrogó en el préstamo hipotecario anterior, que inmediatamente después fue novado por ampliación de plazo e importe de forma que el capital prestado ascendía a 330.000 euros, a pagar en 294 cuotas. Tanto la subrogación como la novación fueron suscritas también por los fiadores.

"iii) El 30 de diciembre de 2003, la finca hipotecada (titularidad de "Acera de Guerrita 131, S.R.L.") se vendió a terceros, articulándose formalmente la venta mediante la transmisión de las participaciones de la sociedad a los compradores, al tratarse de una sociedad patrimonial cuyo único bien era la finca hipotecada.

"iv) El 25 de septiembre de 2009, Cajasur otorgó un nuevo préstamo a una sociedad vinculada a "Acera de Guerrita 131 S.L.", constituyéndose segunda hipoteca sobre el mismo inmueble en garantía de este préstamo.

"v) En agosto de 2010, "Acera de Guerrita 131 S.L." dejó de pagar el primero de los citados préstamos.

"vi) El 15 de diciembre de 2010, y ante el impago del primer vencimiento del segundo préstamo (en septiembre de 2010), Cajasur liquidó anticipadamente este préstamo y promovió la ejecución hipotecaria, dando lugar a los autos de ejecución hipotecaria 85/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba; el 21 de diciembre de 2011 se dictó decreto de adjudicación a favor de Cajasur por un valor de 510.710 euros (60 % del valor de tasación), y se ordenó la cancelación de la hipoteca ejecutada. Como consecuencia de la adjudicación de la finca a Cajasur, ésta solicitó la cancelación también de la primera hipoteca por su consolidación con el dominio de la finca.

"vii) En mayo de 2014, Cajasur presentó demanda de ejecución de título no judicial, por impago del primer préstamo, frente a "Acera de Guerrita 131 S.L." y los actores, que dio lugar a los autos 756/2014, seguidos ante el Juzgado el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba, que despachó la ejecución".

2.- La primera cuestión que debemos despejar es si la actuación de Cajasur tendente a promover la cancelación de la hipoteca de primer rango como consecuencia de la adjudicación de la finca a su favor en el procedimiento de ejecución de la segunda hipoteca estaba realmente justificada.

Dispone el art. 190 del Reglamento Hipotecario:

"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".

Este precepto reclama una primera precisión terminológica pues la expresión que emplea de "confusión de derechos" carece de rigor técnico-jurídico. Como afirmó esta sala en la sentencia 470/2007, de 4 de mayo:

"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. La confusión [...] es el modo de extinción de la obligación completa -crédito y deuda- por la concurrencia en la misma persona de las titularidades activa y pasiva".

Aquella primera situación, y no la segunda (en contra de lo que resulta de algún precedente aislado, como la sentencia de 30 de enero de 1999), es la que sobreviene cuando el titular de una hipoteca adquiere la misma finca hipotecada por título distinto de la ejecución de dicha hipoteca (en caso de que sea por remate o adjudicación derivado de la ejecución de esta hipoteca, la extinción se produce por consecuencia de la misma ejecución - art. 674 LEC -). Aquella adquisición puede tener lugar a causa de una enajenación voluntaria (venta, dación en pago, etc) o bien por una enajenación forzosa como consecuencia de una ejecución ordinaria o hipotecaria derivada de una deuda distinta de la garantizada por la hipoteca extinguida. En el caso de la sentencia 470/2007 fue a causa de una ejecución ordinaria en que se había embargado la misma finca hipotecada.

3.- Extinción de los derechos reales limitados por consolidación. Excepciones.

En el contexto de un procedimiento como el presente en el que se ha apreciado en las sentencias de instancia abuso en el ejercicio de los derechos del acreedor, resulta necesario analizar la premisa de la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación desde esta perspectiva.

La consolidación es una de las causas de extinción de los derechos reales limitados, aunque no existe en nuestro Derecho positivo un precepto que lo sancione con carácter general. Las normas que la contemplan son específicas para distintas clases de derechos reales. Así el art. 513.2 CC dice que el usufructo se extingue por la reunión del usufructo y de la nuda propiedad en la misma persona, y el artículo 546.1 reitera lo mismo en sede de servidumbres: estas se extinguen por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente. No existe una norma similar respecto de la hipoteca o de la prenda, pero es doctrina común entender que la reunión en una sola persona de las condiciones de acreedor hipotecario y dueño de la cosa hipotecada (o de acreedor pignoraticio y dueño de la cosa pignorada) provoca la extinción de estos derechos de garantía. La consolidación se origina al adquirir el propietario, por cualquier título, la titularidad del derecho real limitado o, inversamente, por adquirir el titular del derecho real la propiedad de la cosa gravada.

La justificación de la consolidación, como señala la doctrina, es clara. Responde a la misma idea que expresa el brocardo *nemine res sua servit*, nadie puede ostentar un derecho real (*ius in re aliena*) en su propia cosa.

4.- Ahora bien, este criterio no carece de excepciones que encuentran su fundamento en razones de protección de un interés superior. Los principales casos que se citan a modo de ejemplos son: (i) en la herencia aceptada a beneficio de inventario que, conforme a la doctrina prevalente, produce una absoluta separación de patrimonios, lo que permite la subsistencia de todas las relaciones jurídicas pendientes entre causante y heredero (

art. 1192 CC) - según otra opinión sólo impide la confusión o consolidación en daño del heredero, pero no la que se produce a su favor (art. 1023. 2 y 3 CC) -; (ii) la consolidación exige que se reúnan en una sola persona la titularidad activa y pasiva de la relación jurídico-real; por ello en los casos de cotitularidad, para que la consolidación se produzca es necesario que todos los cotitulares adquieran la posición contraria o viceversa que se adquiera el derecho que pertenecía a todos los cotitulares (por ello no se produce la consolidación, por ejemplo, cuando es uno solo de los condóminos quien adquiera el usufructo, o cuando el acreedor hipotecario adquiere por compra a pacto de retro la finca hipotecada, durante la vigencia de éste); (iii) en la llamada hipoteca de propietario y en la deuda territorial de propietario en los Derechos, como el alemán, que admiten tales figuras; admitida la hipoteca de propietario, la subsistencia del gravamen permite al deudor obtener un crédito nuevo ofreciendo la primera hipoteca.

5.- Respecto de esta última figura, hay que recordar que en el Derecho español los bienes que pueden ser hipotecados deben ser ajenos al acreedor, pues, como hemos dicho, no se admite la hipoteca de propietario (no cabe que la hipoteca esté constituida en favor del mismo dueño). Pero también en nuestro ordenamiento esta regla general presenta supuestos que pueden ser calificados si no de excepciones en sentido estricto, sí de supuestos especiales en los que el propietario, de algún modo, puede ser considerado como titular de un derecho de hipoteca sobre su propia finca (dominio e hipoteca se mantienen funcionalmente separados, aunque sea de forma excepcional y limitada en sus efectos y/o en el tiempo, a pesar de que compartan un mismo titular).

Los casos que se citan por la doctrina especializada, entre otros, son: (i) el caso de hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso en cuanto a los títulos que vuelven a la propiedad de la entidad emisora: una nueva transmisión de las obligaciones revela que la hipoteca subsistió de alguna forma, transitoriamente en la titularidad del propietario - art. 154.2 LH -; (ii) hipoteca sobre la finca total si el acreedor hipotecario es (o llega a ser por adquisición sobrevenida) titular de una cuota o de un piso: la hipoteca de propietario se daría en cuanto a la hipoteca afecta a esa cuota o piso (de una propiedad horizontal, en caso de no estar distribuida la responsabilidad hipotecaria - art. 218 RH -); y (iii) el caso del pago de la deuda por tercer poseedor con subrogación en el crédito hipotecario y, en general, en 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; con la subsistencia de la hipoteca se pretende evitar el enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario de inferior rango, con el fundamento de que éste puede hacer efectiva su hipoteca en el procedimiento correspondiente, pero solo puede reclamar lo que del valor real del inmueble "sobrase después de pagados los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad al suyo" (sentencia de 11 de octubre de 1899).

6.- De los tres supuestos señalados, hay dos que presentan concomitancias con el del caso, el segundo y el tercero. Este último revela analogías con el presente que no pueden ser obviadas, pues se basa en el distinto valor de las cargas hipotecarias que pesen sobre una misma finca en función de su concreto rango registral, en atención al principio de purga de las cargas posteriores a la ejecutada (arts. 674 LEC, y 134 LH y 175.2.ª RH), y al de subsistencia y subrogación del adjudicatario en las anteriores (arts. 657 LEC).

Por ello en el edicto de anuncio de la subasta se ha de hacer constar que "las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicase a su favor" (art. 668.2 LEC). Como explica la exposición de motivos de la LEC, "en relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores, sistema que se complementa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles han de salir a subasta".

Es cierto que esta subrogación, en principio, no supone una asunción de la deuda garantizada por la carga que, en este caso, al hacer coincidir en una misma persona la cualidad de acreedor y deudor concluyera en una situación de confusión de derechos extintiva de la obligación (art. 1192 CC). Pero es igualmente cierto que la idea de la subrogación va íntimamente ligada a la del descuento del precio de adjudicación del importe vivo (cantidad pendiente de pago) del crédito garantizado por las cargas previas (art. 657 LEC).

En este sentido, como señala la doctrina más autorizada, ocurre en el ámbito de las enajenaciones judiciales de modo forzoso lo que en la práctica es frecuente en la venta voluntaria de finca hipotecada. El comprador o rematante por la finca que adquiere paga un precio inferior al total de la finca y, además, y para completar su prestación, asume un compromiso o carga de pago de la obligación garantizada (sentencia de 20 de junio de 1997). Pero esto no afecta por sí solo (a falta de consentimiento liberatorio del acreedor cfr. art. 1205 CC) a las relaciones entre el acreedor y el deudor originario. De ahí que el art. 231 RH haga aplicación, en relación con la finca rematada y para el caso de pago por el deudor originario, de lo dispuesto en el art. 118, párrafo segundo, LH para el supuesto de venta sin que el comprador asuma la obligación garantizada, pero descuenta su importe del precio de la venta.

En definitiva, el importe de las cargas preferentes es parte del precio que el rematante se ha comprometido a pagar. En ese caso, si lo paga el rematante no tiene ninguna acción contra el deudor; si lo paga el deudor tendrá acción contra el rematante (arts. 231 RH y 118 LH). En rigor la enajenación judicial de una finca gravada con una anotación de embargo o una hipoteca no comporta la transmisión de la deuda garantizada por la anotación o la

hipoteca, pues la subsistencia legal de las cargas y gravámenes anteriores exclusivamente impone a los posteriores adquirentes el deber de soportar o tolerar la ejecución forzosa para la efectividad de los créditos preferentes, pero no provoca una asunción de deuda por vía judicial (sentencia de 27 de enero de 1997).

En definitiva, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente la finca sobre la que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), con arreglo a su respectivo rango registral (art. 692 LEC). Como declaró este tribunal en la sentencia 259/2020, de 5 de junio:

"la realización del valor del bien gravado instada por el titular de una hipoteca anterior, impide el ejercicio de una nueva ejecución por parte del acreedor hipotecario posterior (desaparece su *ius vendendi*), pero no el derecho de cobro de su crédito, en la medida a que alcance su garantía, esto es, sobre el valor remanente que le corresponda en función de su cuantía y rango registral, siendo tal derecho de cobro el que está directamente vinculado con la causa de la hipoteca. Por tanto, desde un punto de vista económico la eficacia de las hipotecas posteriores estará determinada por la medida en que los gravámenes precedentes consuman el valor del bien hipotecado".

7.- El caso de la litis también presenta cierta analogía con el segundo de los supuestos especiales antes citados (supuesto de cotitularidad en que no todos los cotitulares de un derecho lo son del otro - el dominio pleno o el derecho real limitado -). Y ello es así porque si bien es cierto que el titular actual de la hipoteca lo es el acreedor inscrito, sin embargo, en virtud de la constitución de la fianza y del derecho legal a la subrogación que sobre las garantías del acreedor reconoce el art. 1839 CC, en conjunción con el deber jurídico de conservación que a éste impone el art. 1852 CC, en cierto modo se proyecta sobre aquella titularidad otra en estado expectante, a modo de situación jurídica interina, sujeta a la *conditio iuris* del pago, a favor del fiador. Y el Derecho protege estos derechos *in fieri*, inciertos o en fase de formación, en los que ya existe un hecho adquisitivo comenzado (en este caso por la constitución de la fianza y la existencia de las garantías subrogables) pero que no ha llegado a completarse (falta el impago del deudor principal y el pago del deudor subsidiario).

En el periodo de incertidumbre, sobre si el derecho se constituirá definitivamente o no, la situación de pendencia ya es reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico mediante ciertas garantías de aquella expectativa (como pueden ser en determinados casos limitaciones al poder de disposición, acciones de conservación, etc). 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. Ciertamente, antes del pago, no hay una concurrencia real, formal, actual, ni civil ni registral, sobre la titularidad de la hipoteca, pero la existencia de aquella situación de pendencia e interina, y el ámbito de poder que de la misma se desprende para el fiador, no permite admitir sin reservas, por no ser compatibles, el desenvolvimiento hasta sus últimas consecuencias de la extinción por consolidación de la hipoteca preferente, en garantía de la misma obligación afianzada, por la ejecución de una hipoteca posterior que concluye con una adjudicación de la finca al mismo acreedor, sin incurrir en el abuso de derecho proscrito por el art. 7.2 CC.

8.- A la luz de las consideraciones y de la jurisprudencia expuestas, el recurso debe ser desestimado. Abundan en esta conclusión las siguientes razones:

1.^a) De la relación de los hechos relatados en los antecedentes, resulta una conducta del acreedor (Cajasur) integrada, entre otros, por los siguientes elementos relevantes: (i) tras su subrogación en el préstamo inicial, y simultánea novación y ampliación, en 2003, se concede un segundo préstamo a una sociedad vinculada a la sociedad deudora del primer préstamo (desvinculada ésta ya de los socios iniciales, los fiadores) dentro de una operación más amplia de refinanciación; (ii) en este segundo contrato se determina como destino de los nuevos fondos prestados el pago de la deuda garantizada por la carga precedente; y en garantía de este destino esos fondos quedan depositados en una cuenta indisponible para el deudor y pignoralos a favor de la Caja, a la que además se faculta expresamente para disponer de los mismos con el indicado destino; (iii) tras el impago del préstamo inicial y, después del impago posterior del primer vencimiento de intereses del segundo préstamo, se decide por la entidad acreedora liquidar anticipadamente el segundo préstamo, cuya situación de morosidad era menos prolongada en el tiempo y por un único vencimiento de intereses; (iv) consecuencia de lo anterior, se promueve la ejecución de la segunda hipoteca, y la subasta pública de la finca hipotecada con la subsistencia de la hipoteca de rango anterior; (v) tras la adjudicación de la finca en esa subasta a la acreedora, ésta cede la finca a una inmobiliaria de su grupo descontando en la cesión el importe de la carga de la primera hipoteca; (vi) tras reclamar el pago de la cantidad adeudada por el primer préstamo al fiador, solicita la cancelación registral de la hipoteca de primer rango por su consolidación al haber adquirido el dominio de la finca.

2.^a) 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 art. 1852 CC 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, lo cierto es que constituyen en su globalidad una conducta subsumible en el concepto de "hecho del acreedor", imputable al mismo (no a caso fortuito), en el sentido en que lo emplea el art. 1852 CC.

3.ª) Tampoco hay duda de la relación de causalidad entre tales hechos y el efecto de la imposibilidad de la subrogación del fiador en la hipoteca, cuya cancelación formal fue instada por el acreedor.

4.ª) No concurre en el presente caso, con virtud enervante del efecto liberatorio, una actuación del fiador que pueda ser calificada de colaboradora o aquiescente al resultado producido. Las alegaciones de la recurrente sobre el hecho de que la venta de las acciones de la sociedad deudora por parte de los fiadores, y socios iniciales de esa sociedad, permitió que se produjese la situación sobrevenida posteriormente en la que los nuevos socios decidieron gravar la misma finca con una segunda hipoteca en garantía de la refinanciación pactada, no pueden ser atendidas, pues en tal venta no cabe ni de lejos atisbar un acto de consentimiento al resultado de que la constitución de una garantía posterior pudiese terminar suprimiendo totalmente la protección que para ellos suponía la hipoteca anterior, en la que podían esperar subrogarse en caso de tener que pagar la deuda garantizada.

5.ª) Tampoco se puede apreciar en este caso como causa de exclusión de la fianza la existencia de una disposición legal que imponga, ministerio legis, la imposibilidad de la subrogación. Cierto es que tal cosa sucede en los casos en que la hipoteca que se extingue es la que ha sido ejecutada precisamente para obtener el pago de la deuda. A este caso se refiere la jurisprudencia reseñada cuando afirma que "no libera al fiador el hecho de ejecutarse la hipoteca que garantizaba el crédito para el cobro de éste" (sentencias de 27 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1997). Pero, además de que esta extinción sí está expresamente prevista en la ley (art. 674 LEC), no se trata de una actuación que genere ningún perjuicio al fiador, pues precisamente el destino del precio del remate será la extinción, total o parcial (hasta donde alcance su valor), de la misma obligación afianzada (art. 692 LEC).

6.ª) Tampoco hay duda de que con la cancelación de la primera hipoteca se ha imposibilitado la subrogación del fiador. Ya se han reseñado las dificultades jurídicas que presenta el reconocimiento pleno de la concurrencia in casu de la consolidación como causa de extinción de la hipoteca, sin incurrir en abuso de derecho. Las sentencias citadas por la recurrente en sentido contrario a la apreciación del abuso de derecho no son aplicables a esta litis por referirse claramente a supuestos distintos, muy alejados de la quaestio iuris aquí ventilada, que responde a unos perfiles muy singulares.

7.ª) La existencia de un perjuicio cierto para el fiador como consecuencia de la extinción de la hipoteca es igualmente evidente. Al no poder producirse la subrogación en la misma, el fiador que paga carece de la protección propia de la garantía hipotecaria, de constitución simultánea, que delimitaba la relación jurídica (crédito garantizado) sobre la que asumió su compromiso fideiusorio, contando con que asumía la responsabilidad, pero no la carga económica del débito del que podría resarcirse a través no sólo de la acción de regreso o reembolso (condicionada a la incierta solvencia de la deudora - en el caso devenida insolvente -), sino también mediante la acción subrogatoria sobre la hipoteca que sujetaba un activo inmobiliario que, a tenor de su valoración, era más que suficiente para garantizar el resarcimiento del pago de la deuda ajena afianzada. Al perderse la garantía hipotecaria esta expectativa se desvaneció ante la insolvencia del deudor.

8.ª) En esas circunstancias, la reclamación judicial de Cajasur, por la vía ejecutiva frente al patrimonio de los fiadores, pretendiendo el cobro íntegro de lo adeudado por el primer préstamo, habiendo eliminado la posibilidad de subrogación de aquellos en la hipoteca, incurre en la proscripción del abuso de derecho que sanciona el art. 7.2 CC, como acertadamente apreciaron y razonaron ambas instancias, y entra en el ámbito de los efectos liberatorios de la fianza previstos en el art. 1852 CC.

Noveno. Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Cajasur Banco, S.A.U contra la sentencia n.º 108/2018, de 12 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación núm. 798/2017

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.