

# LOS GARANTES DEL DEUDOR HIPOTECARIO (FIADOR E HIPOTECANTE NO DEUDOR): COMPLICACIONES QUE OCASIONAN AL ACREEDOR

M<sup>a</sup> José Achón Bruñén  
Doctora en Derecho Procesal

**SUMARIO:** Aun cuando la existencia de terceros garantes pudiera parecer en todo caso beneficiosa para el acreedor hipotecario, en ocasiones le provocan indeseadas complicaciones. En el presente artículo, con base en un detenido análisis de las resoluciones dictadas por nuestros tribunales y por la DGRN<sup>1</sup>, se analizan los problemas que en el proceso de ejecución provoca la circunstancia de que el bien hipotecado pertenezca a un tercero distinto al deudor, así como que existan fiadores.

## INDICE:

### I.- Problemas que origina en el proceso de ejecución que el bien hipotecado pertenezca a un hipotecante no deudor

- 1.- Imposibilidad de que en el procedimiento hipotecario el ejecutante pueda percibir cantidades por encima de la cobertura hipotecaria aunque haya sobrante
- 2.- Silencio legal acerca de si se puede iniciar o continuar una ejecución hipotecaria cuando el bien pertenece a un hipotecante no deudor en concurso
- 3.- Problemática acerca de la necesidad de demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien pertenece a un hipotecante no deudor: especial referencia al supuesto en que el deudor está declarado en concurso

### II.- Problemas que origina la existencia de un fiador personal

- 1.- Falta de legitimación pasiva del fiador en el procedimiento hipotecario y problemática acerca de cómo alegar la misma en el proceso de ejecución
- 2.- Dudosa necesidad de notificar al fiador el saldo deudor antes de iniciar un procedimiento hipotecario y exigencia de notificarle la demanda ejecutiva si se quiere iniciar un proceso posterior contra él
- 3.- Intervención adhesiva simple del fiador en el procedimiento hipotecario
- 4.- Problemática acerca de demandar a los herederos del fiador en el proceso de ejecución del art. 579 de la LEC cuando el mismo ha fallecido antes del incumplimiento del deudor

### III.- Discriminación de los garantes en el proceso de ejecución: prerrogativas legales que solo resultan aplicables al deudor

- 1.- Mayor porcentaje para que el ejecutante se adjudique el inmueble solo cuando este constituye la vivienda habitual del “deudor” y no de otro ejecutado
- 2.- Limitación de las costas únicamente al “deudor”
- 3.- Rebaja de la parte embargable del sueldo solo al deudor que haya perdido su vivienda habitual hipotecada y no al fiador cuya vivienda embargada se haya subastado
- 4.- Derecho a liberar la vivienda habitual hipotecada sin consentimiento del acreedor únicamente al “deudor”

### IV.- Medios de defensa del hipotecante no deudor y del fiador

- 1.- Legitimación para solicitar la nulidad de cláusulas abusivas del contrato de hipoteca, aun cuando el deudor no sea consumidor, pero no para instar la anulabilidad por vicios de consentimiento del deudor
- 2.- Resarcimiento del perjuicio causado en caso de pago o ejecución de sus bienes
  - A.- Resarcimiento del hipotecante no deudor: subrogación en la posición del acreedor frente al deudor y fiador
  - B.- Resarcimiento del fiador
    - a.- Acción de regreso y derecho de subrogación
    - b.- Acción de reintegro

---

<sup>1</sup> No es ocioso reseñar que la DGRN ha sido suprimida en la nueva organización del Ministerio de Justicia (art. 2.2 del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales).

## **I Problemas que origina en el proceso de ejecución que el bien hipotecado pertenezca a un hipotecante no deudor**

### **1.-Imposibilidad de que en el procedimiento hipotecario el ejecutante pueda percibir cantidades por encima de la cobertura hipotecaria aunque haya sobrante**

El hipotecante no deudor es aquel que hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena<sup>2</sup>, su responsabilidad se limita al inmueble de su propiedad hipotecado y, a diferencia del deudor o del fiador, no es un obligado al pago<sup>3</sup>, por lo que, en caso de ser insuficiente la garantía hipotecaria, el acreedor no se puede dirigir contra el resto de su patrimonio.

**Cuando en el momento de la enajenación forzosa el bien hipotecado pertenezca a persona distinta al deudor** (hipotecante no deudor o tercer poseedor), **la cantidad percibida por el ejecutante en el procedimiento hipotecario nunca podrá exceder de la cobertura hipotecaria**, por lo que, en el caso de que una vez pagados los acreedores posteriores, todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta aunque se siguieren debiendo cantidades al acreedor, lo que compelerá a este a iniciar otro proceso contra el deudor y en su caso contra el fiador (nunca contra el hipotecante no deudor ni tercer poseedor) para cobrar el resto.

Por el contrario, cuando el bien sea propiedad del deudor el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso (art. 692.1 LEC).

El Registrador debe calificar que el valor de lo vendido o adjudicado ha sido igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso a disposición de los acreedores posteriores (art. 132.4.º LH) o, si el deudor está declarado en concurso, a disposición del Juez que tramita el mismo<sup>4</sup>, en otro caso, denegará la inscripción del decreto de adjudicación.

**La DGRN<sup>5</sup> ni siquiera permite que el ejecutante pueda utilizar el exceso de la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos (principal, intereses y costas) para cubrir la deuda correspondiente a otro**, dado que el Registrador debe asegurarse de que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada. **En el caso de que sea una misma entidad la que ostente la condición de ejecutante en el procedimiento hipotecario y de acreedor posterior en el Registro por otra carga, tampoco podrá cobrar por encima de la cobertura hipotecaria por este motivo**, sin perjuicio del sobrante que le corresponda, no para satisfacer esa primera deuda, sino la posterior que garantiza el segundo gravamen.

Asimismo, **la DGRN tampoco permite que cuando el ejecutante haya solicitado la adjudicación «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos» en el decreto de adjudicación se haga constar que quedan pendientes de pago cantidades por encima de la cobertura hipotecaria**. En la Resolución de la DGRN de 11 de octubre de 2018 (BOE de 5 de noviembre) se plantea la cuestión de si la expresión «*la cantidad que se le deba por todos los conceptos*» (arts. 670 4 y 671 de la LEC) comprende la totalidad de la deuda reclamada o solo la parte de esa deuda que

---

<sup>2</sup> Normalmente el hipotecante no deudor ostenta un derecho de propiedad aunque también puede ser un usufructuario anterior a la constitución de la hipoteca (AP de Barcelona, Sección 19ª, Auto núm. 215/2015 de 3 junio).

<sup>3</sup> Sentencia 18/2009, de 3 de febrero (rec. 3128/2002) (SP/SENT/445701).

<sup>4</sup> Resoluciones de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 (SP/SENT/535027) y de 8 de noviembre de 2012 (SP/SENT/704999).

<sup>5</sup> RDGRN de 24 de junio de 2014 (SP/SENT/779861).

no exceda de los límites de responsabilidad hipotecaria de la finca por cada uno de los conceptos. La DGRN considera que «*la cantidad que se le deba por todos los conceptos*» está referida a la total cantidad adeudada al ejecutante, de manera que si el acreedor opta por esta alternativa, el ejecutado perderá la propiedad de la finca, pero la deuda quedará totalmente extinguida, sin perjuicio de que, si existen terceros con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, habrá que analizar si lo reclamado por el acreedor por los diferentes conceptos de deuda excede o no de los respectivos límites de responsabilidad hipotecaria. Si sobrepasa la cobertura hipotecaria, el exceso deberá depositarlo a disposición de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca para el pago de sus créditos, en los términos que prevé el art. 692 de la LEC. Además, si el bien hipotecado en el momento de la enajenación fuere propiedad de un tercero (hipotecante no deudor o tercer poseedor), del tenor de este precepto se infiere que se deberá entregar al mismo el sobrante que exceda de la cobertura hipotecaria, después de pagados los acreedores posteriores o si estos no existieren, y ello aun cuando se siguieren debiendo cantidades al acreedor.

## **2.- Silencio legal acerca de si se puede iniciar o continuar una ejecución hipotecaria cuando el bien pertenece a un hipotecante no deudor en concurso**

Como regla general tan solo en el supuesto de que los bienes sobre los que recaiga la garantía real no sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado o para una unidad productiva de su titularidad, se puede iniciar o continuar una ejecución hipotecaria sobre los mismos, pues en otro caso, es decir, cuando sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado o para una unidad productiva de su titularidad, no podrá iniciarse la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LC)<sup>6</sup>. La pérdida del derecho de ejecución separada, en caso de apertura de la fase de liquidación, se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, independientemente de que los bienes o derechos resulten o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, por lo que una vez abierta esta fase ningún juez o tribunal puede admitir demandas de ejecución hipotecaria sobre bienes o derechos que integren la masa activa de un concursado puesto que la ejecución no puede sustanciarse por la vía ordinaria<sup>7</sup>.

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, hay que tener en cuenta que el art. 56.4 LC dispone que “*La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta*”. **Surge el problema de si se puede aplicar al hipotecante de deuda ajena el mentado precepto, merced a la analogía, habida cuenta de que el hipotecante no deudor se asemeja al tercer poseedor en que es titular del bien afecto, así como en que no ostenta la condición de deudor.**

---

<sup>6</sup> Si no se inicia la fase de liquidación en un año, el acreedor podrá iniciar o reanudar las actuaciones ante el Juez del concurso en pieza separada, es decir, sin acumularse al concurso. Por el contrario, si dentro de dicho plazo se inicia la fase de liquidación, los acreedores que no hubieren iniciado la ejecución de la garantía real sobre bienes necesarios para el proceso productivo podrán hacer efectivo su privilegio dentro de la liquidación, y los acreedores que hubieren iniciado la ejecución y se hubiere suspendido, la reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva [cfr. PÉREZ VEGA, A. “El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor”. AC n.º 19, 1 a 15 de noviembre 2009. ZUBIRI DE SALINAS, M. “Hipoteca y concurso”. *Las claves de la Ley Concursal* (directores I. Quintana Carlo, A. Bonet Navarro y J. A. García-Cruces González). Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 300].

<sup>7</sup> Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 2017 y 27 de febrero de 2019.

A favor puede alegarse que **el acreedor hipotecario no ostenta un derecho de crédito contra el concursado**, aunque la garantía se haga efectiva contra un bien hipotecado que forma parte de su patrimonio, por lo que su declaración de concurso no tiene por qué afectar a la ejecución de la garantía real.

En este sentido la SAP de Ourense, Sec. 1.<sup>a</sup>, 214/2018, de 27 de julio, Recurso 19/2018 (SP/SENT/975472) declara: “el *tercero hipotecante no deudor responde de la deuda con el límite del bien hipotecado, que puede ejecutarse separadamente al devenir del concurso, pudiendo el beneficiario de la garantía iniciar la ejecución con anterioridad al concurso y continuarla durante el mismo o promoverla tras la declaración de concurso*”<sup>8</sup>. En parecidos términos se pronuncia parte de la doctrina<sup>9</sup>, aunque no somos ajenos a que **la cuestión es conflictiva y el propio Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, en la sentencia de 18 de junio de 2014 (Nº de Recurso: 711/2012, Nº de Resolución: 313/2014), aunque obiter dicta, parece considerar inaplicable el art. 56.4 de la LC en caso de concurso del hipotecante no deudor**, lo que supone paralizar la ejecución de la garantía real si el bien fuera necesario para su actividad profesional o empresarial<sup>10</sup>.

El hipotecante no deudor tan solo hipoteca un bien de su propiedad para garantizar una deuda ajena, no siendo propiamente deudor, por lo que, declarado en concurso, **no podrá ser incluida dicha deuda en la masa pasiva, aun cuando en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que conlleva el gravamen de la hipoteca**<sup>11</sup>. El crédito del acreedor hipotecante no puede ser objeto de calificación en el concurso del hipotecante no deudor, como si de un mero fiador se tratara, pues ningún crédito concursal le debe ser reconocido, dado que el concursado no es su deudor<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> En similar sentido: Juzgado de lo Mercantil Barcelona, n.º 9, Auto de 14 de marzo de 2016, Recurso 932/2015 (SP/AUTRJ/854743): “*En consecuencia, no figurando la AEAT como acreedora con privilegio especial de la concursada sino solamente, como titular de una garantía real sobre un bien de su propiedad, tal como acordó el juzgado mercantil nº 10 de esta localidad, en auto de fecha 9 de diciembre de 2015 (dictado por este mismo juzgador en sustitución de la plaza vacante), y este mismo juzgado mercantil nº 9 en auto de fecha 11 de enero de 2016, no le es aplicable el art. 55.1 párrafo segundo, ni el artículo 56 apartados 1, 2 y 3 ni el art. 57 de la LC, al ser preceptos que vienen referidos solamente a los "acreedores", condición que la AEAT no ostenta en este caso. En consecuencia, la ejecución de la garantía real en trámite no queda afectada por la declaración de concurso (...). Por último, el art. 56.4 LC determina que "la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de aquella", precepto perfectamente extrapolable al supuesto del hipotecante no deudor”.*

<sup>9</sup> Cfr. HERBOSA MARTÍNEZ, I. “Realización del crédito hipotecario en el concurso”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 11, segundo semestre de 2009 (La Ley 14014/2009). CORDERO LOBATO, E., en «Las garantías reales en el concurso a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia y Concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Documento TOL6.097.289. <http://www.tirantonline.com>.

FACHAL NOGUER, N. “El hipotecante no deudor y deudor no hipotecante en el concurso de acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal* num.42/2017 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. BIB 2017\12763.

OÑATE DANCAUSA, J. “¿Es inmune el ejecutante de una hipoteca al concurso del hipotecante no deudor?”. *Diario La Ley* n.º 9175, *Sección Tribuna*, 11 de abril de 2018, Wolters Kluwer.

<sup>10</sup> Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, sentencia de 18 de junio de 2014, Nº de Recurso: 711/2012, Nº de Resolución: 313/2014: “... consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, **en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC**”.

<sup>11</sup> SSAP Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2011, Nº de Recurso: 402/2011; Córdoba, Sección 3.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2013, Nº de Recurso: 213/2013; SAP de Granada, Sección: 3.<sup>a</sup>, de 7 de abril de 2016, Nº de Recurso: 96/2016, Nº de Resolución: 87/2016.

<sup>12</sup> SAP Granada, Sec. 3.<sup>a</sup>, 87/2016, de 7 de abril, Recurso 96/2016 (SP/SENT/866801).

**Tampoco cabe cancelar la carga hipotecaria en el concurso del hipotecante no deudor de acuerdo con lo previsto en el art. 155 de la LC dado que este precepto se refiere al pago de créditos con privilegio especial** y, en este caso, el titular de la garantía real no ha sido reconocido en el concurso como titular de un crédito con este privilegio. El Juez del concurso no podrá ordenar la cancelación de la carga hipotecaria, al ser una excepción a la purga general de cargas y gravámenes que predica el art. 149.5 LC, del cual se deduce que **la cancelación de las cargas anteriores al concurso como consecuencia de la realización del bien o derecho en la fase de liquidación ha de referirse a cargas constituidas a favor de créditos concursales** y, si el concursado es hipotecante no deudor, no existe reconocimiento de un crédito concursal a favor del titular de la garantía, por lo que se transmitirá el inmueble hipotecado con subsistencia del gravamen real<sup>13</sup>.

De todos modos, procede reseñar que, de acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, **las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pueden ser objeto de rescisión**<sup>14</sup>, como regla general, cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 LC<sup>15</sup>).

Conforme al art. 71.3 LC salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; 2.º la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas; 3.º los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. En otro caso, el perjuicio para la masa activa debe ser probado (art. 71.4 de la LC).

**No se puede considerar que la garantía a favor de tercero se realice en todo caso a título gratuito y que, por tanto, siempre sea rescindible**, debiendo entenderse constituida a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obligue a una determinada prestación a favor del garante o del

---

<sup>13</sup> SAP de Granada, Sección: 3ª, de 7 de abril de 2016, Nº de Recurso: 96/2016, Nº de Resolución: 87/2016: **“Por otra parte, salvo con consentimiento del acreedor hipotecario, no es admisible, que resulte procedente la extinción de la garantía hipotecaria en caso de llevarse a cabo la transmisión del bien en el concurso del hipotecante no deudor, perdiendo el acreedor hipotecario su derecho de cobro sobre el bien, no encontrándonos en puridad, al no tratarse del pago de un crédito con privilegio especial, en la situación del artículo 155 LC; estableciendo el artículo 149.5 LC la posibilidad de acordar la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso, únicamente respecto de las constituidas a favor de créditos concursales, sin que el que nos ocupa deba merecer tal condición”**.

Sobre este particular, cfr. FACHAL NOGUER, N. “El hipotecante no deudor y deudor no hipotecante en el concurso de acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal* num.42/2017 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. BIB 2017\12763 y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J; FACHAL NOGUER, N. “La realización de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial en el concurso de acreedores”. *Base de datos Sepín*. Diciembre 2018. SP/DOCT/75805.

<sup>14</sup> Sobre la acción de rescisión, véase: Cfr. RUIZ GONZÁLEZ, M.A. “Acción rescisoria en el concurso de acreedores “. *Diario LA LEY*, nº 8836, de 4 de octubre de 2016, Nº 8836, 4 de oct. de 2016, Editorial LA LEY.

<sup>15</sup> Art. 71. 2 LC: **“El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente”**.

deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía<sup>16</sup>.

A *sensu contrario*, el hecho de que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa; es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3 LC, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.

El art. 73.1 LC prevé que *“la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”*. **Tratándose de una garantía real, una hipoteca constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca**, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación con el cual se prestó la garantía<sup>17</sup>.

### **3.- Problemática acerca de la necesidad de demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien pertenece a un hipotecante no deudor: especial referencia al supuesto en que el deudor está declarado en concurso**

Cuando el bien hipotecado pertenece a una persona distinta al deudor procede plantearse si habrá que demandar a este en el procedimiento hipotecario dado que en el mismo se ejercita una acción real.

A favor se puede alegar que el art. 685.1 LEC exige dirigir la demanda del procedimiento hipotecario contra el deudor y el art. 686.1 requerirle de pago (salvo cuando junto a la demanda se presente acta notarial de requerimiento de pago con al menos 10 días de antelación).

Asimismo, el art. 132.1.º LH establece que, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar a los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a que se ha demandado y requerido de pago, en el domicilio designado, al deudor<sup>18</sup>. A estos argumentos se puede

---

<sup>16</sup> STS, Sala 1ª, 100/2014, de 30 de abril. SAP Castellón, Sec. 3.ª, 376/2013, de 26 de septiembre, Recurso 171/2013 (SP/SENT/741241):

<sup>17</sup> La Sentencia de la AP Madrid, Sección 28.ª, 63/2013, de 1 de marzo (rec. 330/2011) (SP/SENT/714937), declara que en el marco de una operación de préstamo con garantía hipotecaria donde al componente estrictamente obligacional se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca) **resulta jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo)**, dado que el perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional, por lo que la rescisión de la garantía hipotecaria no influye en el mantenimiento de la vigencia del préstamo, no pudiendo invocarse el art. 73.3 LC, que está concebido para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco.

<sup>18</sup> Auto de la AP de Barcelona, Secc. 1ª, de 28 de diciembre de 2012: *“El recurso no puede prosperar. La literalidad de la norma es clara y deja poco margen para otras interpretaciones: “la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”, de donde resulta que el deudor siempre ha de ser demandado, aun cuando no sea el titular de los bienes dados en garantía (así AAP de Barcelona, Secc. 17, de 2 julio 2009; AAP de Barcelona, Secc. 14, del 26 de Marzo del 201) por cuanto la deuda nunca puede desligarse de la hipoteca, pues ésta en un derecho real de garantía que no puede operar en abstracto o en vacío desvinculado de la obligación que garantiza, por lo que el deudor, que es la parte más interesada en el cumplimiento de la obligación, debe ser demandado necesariamente (AAP de Madrid, Secc. 14ª, de 15 noviembre 2006)”*.

añadir que el deudor es el que se encuentra en mejores condiciones para oponerse a la ejecución por conocer si el saldo que se ejecuta como principal o intereses es debido<sup>19</sup>.

No obstante, el TS en la Sentencia, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (rec. 2820/2001, N° de Resolución: 770/2014) ha considerado que **aunque el obligado principal al pago de la deuda ha de ser necesariamente requerido de pago**, a fin de que evite con el cumplimiento la realización de los bienes afectos, **“la demanda que persigue la realización de estos no tiene por qué dirigirse contra el mismo y sí solo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada”**<sup>20</sup>. En similares términos, se pronuncia alguna resolución de la jurisprudencia menor, esgrimiendo similares argumentos<sup>21</sup>.

La DGRN<sup>22</sup> tradicionalmente ha venido defendiendo que la falta de demanda al deudor en el procedimiento hipotecario y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento causante de nulidad; no obstante, ha matizado esta doctrina, declarando que **en el caso de que una resolución judicial firme haya fallado sobre la improcedencia de demandarle, no le compete al Registrador cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al art. 100 del RH**. De todos modos, la DGRN<sup>23</sup> considera que **es necesario haber requerido de pago al deudor no hipotecante**, pues existe una razón fundamental para que, aun no siendo demandado, sea necesaria la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar, lo que implica que, aun cuando no se dirija contra él la demanda, sea necesario que se le requiera de pago.

**La cuestión relativa a la necesidad de demandar al deudor en el procedimiento hipotecario presenta especial importancia cuando el mismo está declarado en concurso**. A estos efectos, procede reseñar que esta declaración no presenta relevancia alguna para la sustanciación del procedimiento hipotecario<sup>24</sup>, puesto que **si la**

---

<sup>19</sup> Auto de la AP de Toledo de 2 de mayo de 2017.

<sup>20</sup> El TS, Sala de lo Civil, en la sentencia de 12 de enero de 2015 (rec. 2820/2001, N° de Resolución: 770/2014), aunque refiriéndose a una ejecución sujeta al antiguo art. 131 de la LH, declara que: **“Aunque doctrinalmente al interpretarse los preceptos que regulaban este procedimiento se tendía a comprender bajo el concepto de deudor no solo al obligado al pago personal sino también al tercer adquirente y al hipotecante, agrupando a todos como parte pasiva del mismo, sin embargo, por la naturaleza de la acción ejercitada, solo lo será el hipotecante de los bienes. Ello no empece para que el obligado principal al pago de la deuda sea requerido de pago necesariamente en este procedimiento, a fin de que evite con el cumplimiento de aquel la realización de los bienes afectos. Pero la demanda que persigue la realización de estos no tiene por qué dirigirse contra el mismo y sí solo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada por este especial derecho real”**.

<sup>21</sup> AAP de Sevilla, Sec. 5ª, de 16 de octubre de 2012, Rollo 5932/2012.

<sup>22</sup> Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2016: **“Por lo que no nos encontramos ante una omisión en la formulación de la demanda que podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sino ante una serie de decisiones judiciales sobre la condición de demandado del deudor y por ende sobre los efectos de la omisión puesta de manifiesto, esto es sobre la propia existencia de la nulidad, que proceden de la valoración e interpretación de la normativa aplicable por el juez competente, en cuya fundamentación no puede entrar el registrador. Porque si bien el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre su improcedencia, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario”**.

<sup>23</sup> Resolución de la DGRN de 7 de julio de 2017 (SP/SENT/914300).

<sup>24</sup> STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2014: **“Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el**

**propia Ley Concursal admite la iniciación o prosecución del procedimiento cuando se hallan hipotecados bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor, cuanto más en el caso de que tales bienes sean del todo ajenos a la masa por ser de titularidad de un tercero**, quedando preservada la posición del deudor por la relegación del ejercicio de las ulteriores acciones ejecutivas personales, conforme predica el art. 55 de la LC, que como regla general no permite la iniciación de ejecuciones singulares contra el mismo<sup>25</sup>. Cuando el deudor estuviere declarado en concurso, y el bien hipotecado perteneciera a un hipotecante no deudor, el crédito del acreedor real se califica en el concurso exclusivamente como ordinario<sup>26</sup>.

Algunas resoluciones, como el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, núm. 236/2013 de 15 octubre (JUR 2014\293666), consideran que **el hecho de que el deudor esté declarado en concurso, convierte su presencia en el proceso hipotecario prácticamente en una formalidad vacía de contenido puesto que la reclamación del banco acreedor contra él se está ya ejecutando en el seno del proceso universal, por lo que un eventual requerimiento de pago en el proceso hipotecario no solo sería irrelevante sino también incoherente e inatendible**, y lo mismo cabe predicar de una eventual continuidad del proceso por la diferencia no satisfecha con la garantía en la ejecución hipotecaria. En similar sentido se pronuncia el Auto de la AP de Córdoba, Sección 1ª, de 17 de junio de 2015<sup>27</sup>.

Asimismo, la DGRN<sup>28</sup>, considera que, **si el deudor se encuentra declarado en concurso, hay argumentos para considerar que el no haber dirigido la demanda**

---

*deudor aun hallándose éste en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía".*

<sup>25</sup> AP de Granada, Sección 5ª, Auto núm. 245/2015 de 28 diciembre.

<sup>26</sup> Cfr. SÁNCHEZ PEREZ, L. "El hipotecante no deudor en concurso: un falso amigo para el acreedor garantizado". Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. BIB 2014\482.

CANO, V. "La figura del hipotecante no deudor en el procedimiento concursal (parte I)" Chavarrí Abogados. <http://chabogados.es/wp-content/uploads/2017/03/ART-3-CONCURSAL-NEWSCHAVARRI-01.pdf>.

<sup>27</sup> Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, Auto núm. 308/2015 de 17 junio. JUR 2015\193257: **"Sin embargo, encontrándose a la fecha de presentación de la demanda dicha compañía mercantil deudora en concurso de acreedores, no era posible dirigir la ejecución contra ella, conforme al artículo 55.1 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), por lo que la única legitimada posible era la mencionada hipotecante no deudora. Sin que se plantee propiamente situación de litisconsorcio pasivo necesario, como se afirma en el recurso de apelación, puesto que los títulos de responsabilidad frente a la entidad acreedora son diferentes, ya que "Cocipesca, S.L." responde a título personal o contractual, como prestataria; mientras que la obligación de la apelante es de carácter real, como garante hipotecaria. E incluso aunque se considerase que existía tal situación litisconsorcial estricta, el litisconsorcio queda roto ex lege por la previsión del mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal, como se desprende claramente del artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (al que se remite, en lo que se refiere a la ejecución hipotecaria, el artículo 681 de la misma Ley), al permitir en caso de pluralidad de ejecutados y cuando alguno de ellos está en concurso, la ejecución contra los ejecutados no concursados".**

<sup>28</sup> Resolución de la DGRN de 7 de junio de 2012.

En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 22 de julio de 2014 (SP/SENT/784286) según la cual **"la falta de requerimiento de pago al deudor podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor continuar el procedimiento contra el mismo respecto a otros bienes si no se hubiera satisfecho totalmente la deuda, pues faltaría el presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución. Pero esto sería ajeno a la inscripción de la adjudicación de un bien propio del hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo y cuyo bien es ajeno al deudor y al ejercicio de la acción real hipotecaria"**. Por ello, aun reconociendo la existencia del defecto señalado, entiende que puede considerarse subsanable, dadas las especiales



**del procedimiento hipotecario contra el mismo es un defecto subsanable**, ya que la falta de requerimiento al deudor en este procedimiento, aunque podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor iniciar una ejecución ordinaria ex art. 579 de la LEC para embargar otros bienes del mismo -al faltar un presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución-, **no impide la inscripción de la adjudicación del bien cuando este pertenece a un hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo.**

De todos modos también hay resoluciones como el Auto de la AP de La Rioja, Sec. 1.ª, 40/2018, de 19 de marzo, Recurso 102/2017 (SP/AUTRJ/965899) que se pronuncian en contra considerando que en todo caso hay que demandar al deudor en el procedimiento hipotecario, aun cuando esté declarado en concurso, debiéndose en otro caso declarar la nulidad del procedimiento, pues aunque ciertamente no podrá pagar al margen del concurso, sí podría ejercitar su derecho de defensa<sup>29</sup>. En parecidos

---

circunstancias de este supuesto, mediante la acreditación en el Registro, dentro del procedimiento registral, de la declaración de concurso del deudor aportando testimonio del auto firme que lo declara.

En similar sentido: RDGRN de 15 de octubre de 2014: *“En el presente caso, ante la falta de demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, el Juzgado ha seguido el procedimiento y ninguno de los intervinientes ha alegado nada contra dicha omisión, es decir, tanto el acreedor ejecutante como el hipotecante no deudor, no han hecho ninguna alegación, dando lugar a que la ejecución quede firme. Y además, una vez puesta la primera nota por el registrador en la que señalaba la falta de demanda y de requerimiento de pago al deudor, se ha aportado certificación del Registro Mercantil acreditando la situación de concurso, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anteriormente citado, que en caso de declaración de concurso del deudor, no cabe seguir la ejecución contra el mismo, pero ello no impide que se siga la ejecución contra el hipotecante no deudor, como aquí ocurre, que garantiza con la finca de su propiedad la ejecución hipotecaria, teniendo en cuenta que no cabe aplicar el beneficio de excusión en el ámbito hipotecario, ni siquiera en el ámbito de la fianza personal cuando el deudor ha sido declarado en concurso (cfr. artículo 1831.4.º del Código Civil). Y en cuanto a la remisión que el apartado 2 del propio artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace la Ley Concursal, hay que observar que los artículos 56 y 57 de la misma se refieren al procedimiento de ejecución hipotecaria contra los bienes del concursado y en el presente caso, el dueño de ellos no está en situación de concurso. **Por otra parte, la falta de requerimiento de pago al deudor podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor continuar el procedimiento contra el mismo respecto a otros bienes si no se hubiera satisfecho totalmente la deuda, pues faltaría el presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución. Pero esto sería ajeno a la inscripción de la adjudicación de un bien propio del hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo y cuyo bien es ajeno al deudor y al ejercicio de la acción real hipotecaria”***

<sup>29</sup> AAP La Rioja, Sec. 1.ª, 40/2018, de 19 de marzo, Recurso 102/2017 (SP/AUTRJ/965899): *“Como es de ver, **la demanda de ejecución hipotecaria se ha dirigido exclusivamente contra el hipotecante no deudor, Obanos Elguea Gestión SL, no habiéndose dirigido la misma contra el deudor prestatario Alba Rubio SA, que fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 18 de octubre de 2012 del juzgado de lo mercantil nº 6 de Logroño, en procedimiento de concurso voluntario 801/2012. (...) En este caso, no debió admitirse a trámite la demanda de ejecución hipotecaria en los términos en los que estaba planteada, por no ajustarse a lo dispuesto en el art. 685.1 de la LEC, norma procesal de orden público de obligada observancia, lo que determina la nulidad de lo actuado, pues conforme a lo establecido en el apartado tercero del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión, como ocurre en el presente caso, en el que la deudora Alba Rubio SA no pudo articular oposición alguna a la demanda presentada por Bankia SA, por lo que procede declarar la nulidad del procedimiento desde el momento inmediatamente anterior al dictado del auto de 22 de marzo de 2016, a fin de que por el juzgado se requiera a la parte demandante***

términos, se pronuncia el Auto de la AP Badajoz, Mérida, Sec. 3.<sup>a</sup>, 53/2019, de 25 de abril, Recurso 103/2019 (SP/AUTRJ/1015072)<sup>30</sup>. Asimismo, parte de la doctrina<sup>31</sup> entiende que se deberá demandar al deudor en el procedimiento hipotecario para permitirle oponerse a la ejecución aunque no se le debería requerir de pago, pues desde el punto de vista de los principios y reglas concursales, la intervención en el proceso de ejecución hipotecaria no conlleva alteraciones perjudiciales relevantes en la masa activa, pues ninguno de los bienes que la integran es objeto de realización en dicho proceso.

## **II.- Problemas que origina la existencia de un fiador personal**

### **1.- Falta de legitimación pasiva del fiador en el procedimiento hipotecario y problemática acerca de cómo alegar la misma en el proceso de ejecución**

De la literalidad de los arts. 685 y 686 de la LEC se deduce que en el procedimiento hipotecario solo debe demandarse al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor<sup>32</sup>, no al fiador personal, aun cuando este sea solidario, dado que se

---

***para que en el plazo que al efecto se señale, amplíe la demanda frente a Alba Gestión SA, y de no hacerlo así se proceda al sobreesimiento y archivo de la ejecución. ..."***

<sup>30</sup> AAP Badajoz, Mérida, Sec. 3.<sup>a</sup>, 53/2019, de 25 de abril, Recurso 103/2019 (SP/AUTRJ/1015072): "... En definitiva, este tribunal entiende que la intervención del deudor en el proceso de ejecución hipotecaria es imprescindible e imperativa. No puede desconocerse que la ejecución hipotecaria es un proceso especial que tiene sus propias reglas y especialidades; y en todo caso exige demandar al deudor hipotecario. Que el deudor hipotecario se encuentre en situación de concurso no impide que sea demandado en los presentes autos dado que, si bien es cierto que el art. 55 de la Ley Concursal prevé que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, no puede desconocerse que el patrimonio del deudor no se verá afectado por el presente proceso de ejecución singular pues, conforme señala el artículo 682.1 LEC, la ejecución se dirige "exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda" y la finca de autos, como bien indica la ejecutante en su recurso, no pertenece a la entidad concursada sino a los aquí demandados".

<sup>31</sup> Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. "Ejecución hipotecaria frente a deudor en situación de concurso e hipotecante no deudor". *Anuario de Derecho Concursal* num.32/2014 parte Comentario de Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014. BIB 2014\690. Según esta autora es cierto que la condición de parte del deudor concursado en el proceso de ejecución hipotecaria va a conllevar su condena en costas si la ejecución sigue su curso, pero no por ello se produce una diferencia relevante en el número e importe de créditos a los que ha de hacer frente su patrimonio en comparación con la situación que se produciría de ser el hipotecante no deudor el único demandado y condenado en costas, pues este podría repercutir en el deudor tal condena. Además, si concurriera alguna de las situaciones fácticas oponibles al acreedor que describe el art. 695 de la LEC, cuyo conocimiento y acreditación habitualmente solo está en manos del deudor, pero que no solo benefician a este, sino también al hipotecante no deudor, la falta de condición de parte del primero obstaculizaría muy considerablemente su alegación y prueba en el proceso.

<sup>32</sup> Del tenor literal del art. 685.1 de la LEC se infiere que la demanda ejecutiva se dirigirá, o bien únicamente contra el deudor (si es el dueño de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el hipotecante no deudor (si no coincidiera la persona titular de la deuda con la propietaria de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el tercer poseedor (en el caso de que, después de constituirse la hipoteca, un tercero hubiera adquirido el bien hipotecado sin subrogarse en la deuda, habiendo acreditado su adquisición al acreedor). **No obstante, y a pesar del tenor de la Ley, si el tercer poseedor tan solo hubiere adquirido el usufructo o la nuda propiedad, conservando el hipotecante no deudor el correlativo derecho sobre el bien, la demanda ejecutiva habrá de dirigirse, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor y contra el hipotecante no deudor.**

ejercita una acción real -que no personal de reclamación de cantidad- y no cobra sentido demandar al garante personal cuando lo que se está ejecutando es la garantía real, máxime cuando una de las características del procedimiento hipotecario es su carácter o naturaleza netamente registral<sup>33</sup>.

Bien es cierto que a favor de la necesidad de demandar al fiador en el procedimiento hipotecario se ha alegado:

-En primer lugar, que el término “*deudor*” utilizado en los arts. 685 y 686 engloba a todo aquel que está obligado al pago de la deuda<sup>34</sup> y que el art. 538.2.2.º LEC, en sede de disposiciones generales de la ejecución, contempla la posibilidad de despachar ejecución contra quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público<sup>35</sup>.

No obstante, en contra se puede afirmar que **el procedimiento hipotecario se dirige exclusivamente contra los bienes sobre los que recae la hipoteca que no son de su propiedad**, puesto que en dicho proceso no resulta posible el embargo de otros bienes cuando los hipotecados no resultaren suficientes, pues para ello es necesario iniciar una nueva ejecución, conforme a lo previsto en el art. 579 LEC.

-En segundo lugar, se llega a defender que resulta posible acumular la acción real hipotecaria y la personal por razones de economía procesal, afirmando que no son incompatibles por razón de la materia<sup>36</sup>.

En contra, entendemos que **la acumulación de acciones (real-personal) resulta contraria a lo previsto en el art. 73.1.2 LEC, que prohíbe acumular acciones que, por razón de la materia, deban ventilarse en juicios de distinto tipo** y aunque la ejecución hipotecaria es un procedimiento de ejecución con especialidades, a nadie se oculta que a la postre constituye un proceso distinto, por lo que la mayoría de la doctrina<sup>37</sup> y de la jurisprudencia menor<sup>38</sup> considera que no resulta posible acumular la acción real hipotecaria con la personal. Además, conforme al art. 555.4 LEC, solo cabe acumular la ejecución hipotecaria a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes, por lo que **lógico resulta que, si no se pueden acumular procesos, tampoco se puedan ejercitar las respectivas acciones (real y personal) en una sola demanda ejecutiva**, ya que contravendría el espíritu del art. 555.4 LEC.

---

<sup>33</sup> AAP Zaragoza, Sec. 4.ª, 565/2010, de 16 de diciembre, Recurso 477/2010 (SP/AUTRJ/848823).

<sup>34</sup> Autos de las AA. PP. Ciudad Real, Sección 1.ª, de 9 de septiembre de 2010, y Barcelona, Sección 19.ª, de 31 de octubre de 2012 (rec. 544/2012) (SP/AUTRJ/848781).

<sup>35</sup> Sobre este particular, *cfr.* PASCUAL BROTONS, C. C. *El fiador personal en la ejecución hipotecaria*. Reus, Madrid, 2015. Págs. 89 y ss.

<sup>36</sup> Autos de las AA. PP. Sevilla, Sección 8.ª, 185/2010, de 27 de octubre (rec. 7214/2010) (SP/AUTRJ/701840), y Asturias, Sección 7.ª, 50/2011, de 18 de mayo (SP/AUTRJ/848817).

<sup>37</sup> *Cfr.* BERNABÉU PÉREZ, I. C. “La acumulación de acciones frente al fiador solidario en la ejecución hipotecaria”. *Práctica de Tribunales* n.º 75, Sección Ejecución Civil, octubre 2010. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. “La ejecución hipotecaria contra fiadores o avalistas”. *Práctica de Tribunales* n.º 95, julio-agosto 2012. SENÉS MOTILLA, C. “La legitimación pasiva en el proceso de ejecución hipotecaria”. *Práctica Contenciosa para Abogados*. 2013.

<sup>38</sup> Autos de las AA. PP. Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2007; Barcelona, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2010 (rec. 495/2009) (SP/AUTRJ/848126); Granada, Sección 3.ª, de 7 de octubre de 2010 (SP/AUTRJ/703093); Madrid, Sección 8.ª, de 23 de mayo de 2011 (SP/AUTRJ/848808); Madrid, Sección 25.ª, de 7 de junio de 2011 (SP/AUTRJ/848814); Zaragoza, Sección 2.ª, de 21 de junio de 2011 (SP/AUTRJ/848175); Madrid, Sección 11.ª, de 28 de septiembre de 2011 (SP/AUTRJ/712881); Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de enero de 2012 (SP/AUTRJ/845154); Barcelona, Sec. 11.ª, 140/2012, de 27 de junio, Recurso 275/2012 (SP/AUTRJ/844807); Granada, Sec. 4.ª, 163/2012, de 5 de diciembre, Recurso 379/2012 (SP/AUTRJ/712976); Barcelona, Sección 1ª, Auto núm. 180/2013 de 30 septiembre (JUR\2014\293818); Barcelona, Sec. 16.ª, 379/2018, de 23 de noviembre, Recurso 69/2018. (SP/AUTRJ/983136).

La acción hipotecaria no se puede dirigir frente al fiador personal porque **supondría desnaturalizar la acción que se ejercita, que es de carácter real**, limitada exclusivamente a la persecución de los bienes afectos, y no una acción personal de reclamación de cantidad<sup>39</sup>.

**En cuanto a la jurisprudencia menor, con carácter mayoritario se pronuncia en contra de la procedencia de demandar al fiador personal en el procedimiento hipotecario<sup>40</sup>.**

Finalmente procede afirmar que **la introducción de un nuevo párrafo quinto en el art. 685 LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, ha supuesto el definitivo espaldarazo a favor de la tesis que mantenemos**, dado que en dicho párrafo se establece que, a los efectos previstos en el apdo. 1 del art. 579, será necesario, para que pueda iniciarse una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria, por la cantidad que falte y contra quienes proceda (entre ellos, los fiadores), que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial; por lo que, *a sensu contrario*, se ha de entender que, si se exige tan solo notificarles la demanda ejecutiva para dirigir un posterior procedimiento contra ellos, es porque no es preciso demandarlos<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> AAP Zaragoza, Sección 2.ª, de 21 de junio de 2011 (SP/AUTRJ/848175).

<sup>40</sup> Autos de las AA. PP. Baleares, Sección 3.ª, 12/2018, de 14 de febrero (rec. 534/2017) (SP/AUTRJ/956684); Barcelona, Sección 19ª, Auto núm. 285/2016 de 10 noviembre (JUR\2017\53497); Granada, Sección 5.ª, 148/2015, de 7 de julio (rec. 160/2015) (SP/AUTRJ/826297); Girona, Sección 1.ª, de 23 de julio de 2015; Almería, Sección 2.ª, de 12 de marzo de 2015; Valencia, Sección 6.ª, de 3 de marzo de 2015; Barcelona, Sección 4.ª, 237/2014, de 11 de noviembre (rec. 544/2014) (SP/AUTRJ/795621); Barcelona, Sec. 14.ª, 325/2014, de 30 de diciembre, Recurso 177/2013 (SP/AUTRJ/802402); Valencia, Sec. 9.ª, 256/2013, de 11 de junio, Recurso 86/2013 (SP/AUTRJ/750230); Cuenca, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2012 (rec. 310/2011) (SP/AUTRJ/701949); Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de enero de 2012 (rec. 799/2011) (SP/AUTRJ/845154); Valencia, Sec. 9.ª, 256/2013, de 11 de junio, Recurso 86/2013 (SP/AUTRJ/750230); Madrid, Sec. 20.ª, 129/2012, de 25 de mayo, Recurso 622/2011 (SP/AUTRJ/849194); Madrid, Sección 25.ª, de 7 de junio de 2011; Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2011; Madrid, Sección 11.ª, de 28 de septiembre de 2011 (rec. 197/2011) (SP/AUTRJ/712881); Zaragoza, Sección 2.ª, de 21 de junio de 2011 (rec. 231/2011) (SP/AUTRJ/848175); Guadalajara de 14 de junio de 2011 (rec. 103/2011) (SP/AUTRJ/848789); Madrid, Sección 25.ª, de 7 de junio de 2011 (rec. 99/2011) (SP/AUTRJ/848814); Madrid, Sección 8.ª, de 23 de mayo de 2011 (rec. 676/2010) (SP/AUTRJ/848808); Vizcaya, Sección 4.ª, de 16 de marzo de 2011 (rec. 845/2010) (SP/AUTRJ/847358); Zaragoza, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2010 (rec. 477/2010) (SP/AUTRJ/848823); Granada, Sección 3.ª, de 7 de noviembre de 2010; Barcelona, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2010 (rec. 495/2009) (SP/AUTRJ/848126); Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2007 (rec. 701/2006), y Las Palmas, Sección 5.ª, 76/2003, de 9 de mayo (SP/AUTRJ/848166).

En el Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2011 (SP/AUTRJ/649774), se llega a declarar la nulidad de actuaciones por haberse despachado ejecución contra el fiador.

La AP de Barcelona, Sección 16ª, en Auto núm. 114/2015 de 27 marzo (JUR\2015\119333) permite que intervenga en el proceso el fiador llamado por el demandante en la demanda, pero sin requerirle de pago ni realizar actuaciones ejecutivas contra él mientras dure la ejecución hipotecaria.

Sobre este particular, véase, asimismo: VV. AA. Encuesta Jurídica: "Cuando el préstamo, además de con hipoteca, se garantiza con garantías personales de fiadores, ¿es posible dirigir la acción hipotecaria contra estos últimos?". *Base de datos según Inmobiliario*, octubre 2015 (SP/DOCT/19648). La mayoría de los encuestados (entre quienes me encuentro) respondieron negativamente.

<sup>41</sup> Auto de la AP de Granada, Sección: 3, de 31 de marzo de 2016, Nº de Recurso: 18/2016, Nº de Resolución: 46/2016: "*Criterio que vendría a ser confirmado con la reforma del art. 685 de la LEC llevada a cabo por el art. 1.24 de la Ley 19/2015, de 13 de julio que introduce el apartado 5 para decir que "A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el*

En caso de que el fiador sea demandado en el procedimiento hipotecario, podrá alegar su falta de legitimación. **El problema es que esta causa de oposición no se encuentra comprendida entre los motivos tasados que contiene el art. 695 de la LEC.**

**Ni siquiera resulta pacífico cómo alegar la falta de legitimación en la ejecución ordinaria**, pues aunque se intenta subsumir en art. 559.1 (cuyo apartado primero establece como motivo de oposición por defectos procesales “*carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda*”), este precepto está redactado en unos términos poco afortunados, ya que resulta disonante que el legislador otorgue a la legitimación el tratamiento de un defecto procesal y no de un motivo de fondo, en contra de lo que se viene a defender actualmente, lo que ocasiona inseguridad jurídica porque mientras unos órganos judiciales entienden que no se puede incardinar dentro del art. 559.1.1.º LEC, referido a defectos procesales, la falta de legitimación *ad causam*<sup>42</sup>; otros admiten la alegación de la falta de legitimación pasiva como motivo de oposición a la ejecución al amparo de dicho precepto<sup>43</sup>.

Además, **tampoco resulta pacífico si en la ejecución hipotecaria el ejecutado puede alegar el art. 559 de la LEC dado que el art. 695 establece que el ejecutado solo puede oponerse por las cuatro causas que el mismo contempla**. Por nuestra parte, entendemos con parte de la doctrina<sup>44</sup> y de la jurisprudencia menor<sup>45</sup> que en el

---

*procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Secretario judicial. La cantidad reclamada en ésta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial* Normativa que si bien no estaba en vigor a la fecha de la demanda, vendría a confirmar que **los avalistas y fiadores no son parte en el procedimiento hipotecario** y, en consecuencia, no sería necesario la notificación previa del saldo deudor cuanto la acción que se ejercita es la real para la realización de la garantía hipotecaria”.

<sup>42</sup> Autos de las AP de Tarragona, Sec. 3.ª, de 12 de junio de 2014 (rec. 436/2013) (SP/AUTRJ/791926); Las Palmas, Sección 5.ª, 437/2016, de 28 de octubre (rec. 517/2015)

<sup>43</sup> Autos de las AP Granada, Sec. 3.ª, 27/2012, de 2 de marzo, Recurso 711/2011 (SP/AUTRJ/713793); Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, 191/2014, de 21 de julio, Recurso 373/2014 (SP/AUTRJ/787025); Málaga, Melilla, Sección 7.ª, 30/2015, de 30 de diciembre (rec. 91/2015) (SP/AUTRJ/841113); Ávila, Sección 1.ª, 40/2017, de 3 de mayo (rec. 104/2017) (SP/AUTRJ/911399); Valencia, Sec. 9.ª, 646/2017, de 18 de mayo, Recurso 31/2017 (SP/AUTRJ/919029).

<sup>44</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J. *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Págs. 1191 y 1201. Este autor considera que la vigente LEC ha acabado con el absurdo relativo a que la regularidad formal de las actuaciones en un proceso de ejecución hipotecaria se controlara por medio de la incoación de un proceso de declaración.

En similares términos: CRESPO ALLUÉ, F. “Comentario al art. 698”, en: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III (dir. A. M. Lorca Navarrete; coord. V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova, Valladolid, 2000. Pág. 3582.

RAMÓN CHORNET, J. C. “La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC” en: *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Estudios de Derecho Judicial n.º 31, CGPJ, 2000. Pág. 444.

SASTRE PAPIOL, S. “Ejecución de bienes hipotecados”, en: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. III (coord. J. Alonso-Cuevillas Sayrol), Difusa, Barcelona, 2000. Pág. 432.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. *La ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*, Dilex, Madrid, 2004. Pág. 546.

ADÁN DOMÉNECH, F. *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009. Págs. 420 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 2013. Pág. 47.

CASERO LINARES, L. *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2014. Págs. 104 y 115.

<sup>45</sup> El Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 17 de abril de 2012 (rec. 310/2011) (SP/AUTRJ/701949) mantiene que “**la especialidad que se establece en el art. 695 de la Ley viene a afectar a la oposición por motivos de fondo, no a la oposición por**

procedimiento hipotecario debe admitirse la oposición del ejecutado por los motivos del art. 559, ya que **no tiene sentido que la falta de presupuestos procesales pueda ser apreciada de oficio pero no a instancia de parte, ni tampoco cobra razón de ser remitir a un juicio declarativo para declarar la nulidad del procedimiento hipotecario cuando los defectos pudieron ponerse de manifiesto y ser objeto de subsanación, en su caso, en el propio proceso.** Además, el art. 698 al contemplar las causas por las que se puede iniciar el juicio declarativo —a diferencia del derogado art. 132.4 LH—, no menciona la **nulidad de actuaciones, sino la “nulidad del título”**<sup>46</sup>.

No obstante, numerosas las resoluciones<sup>47</sup> se muestran en contra y en este sentido

---

**defectos procesales, para la que en el caso que nos ocupa seguían rigiendo las reglas generales del art. 559 de la Ley procesal”.**

En el Auto de la AP Barcelona, Sec. 1.ª, 168/2016, de 2 de mayo, Recurso 446/2015 (SP/AUTRJ/904829) se establece: *“El legislador ha previsto el procedimiento de ejecución hipotecaria como un procedimiento que se caracteriza por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos en los que se puede decretar la suspensión. Pero esta regulación no impide que se puedan oponer las causas que de forma general, en toda ejecución, contempla el art. 559 LEC, para que el ejecutado pueda denunciar la existencia de defectos procesales. De hecho, las causas que contempla ese precepto se refieren a presupuestos del propio procedimiento, como la legitimación y la ejecutividad del título, cuya concurrencia ha de ser examinada de oficio por el Juzgado antes del despacho de ejecución, de modo que su falta comporta que no se pueda despachar la ejecución instada, según se desprende del art. 551.1 LEC”.*

En parecido sentido, y admitiendo la oposición conforme al art. 559 LEC: Autos de las AAPP Baleares, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2007 (rec. 486/2007) (SP/AUTRJ/847757); Cuenca, Sec. 1.ª, 29/2012, de 17 de abril, Recurso 310/2011 (SP/AUTRJ/701949); Barcelona, Sección 13.ª, de 20 de diciembre de 2012 (SP/AUTRJ/847455), Castellón, Sec. 3.ª, 156/2015, de 30 de junio, Recurso 234/2015 (SP/AUTRJ/904821) y Barcelona, Sec. 1.ª, 24/2018, de 6 de febrero, Recurso 240/2017 (SP/AUTRJ/946363).

<sup>46</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J. *Tratado de ejecuciones hipotecarias, op. cit.*, Págs. 1191 y 1201. Este autor considera que la vigente LEC ha acabado con el absurdo relativo a que la regularidad formal de las actuaciones en un proceso de ejecución hipotecaria se controlara por medio de la incoación de un proceso de declaración.

En similares términos: CRESPO ALLUÉ, F. “Comentario al art. 698”. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III (director A. M. Lorca Navarrete; coordinador V. Guilarte Gutiérrez). Lex Nova, Valladolid, 2000. Pág. 3582.

RAMÓN CHORNET, J. C. “La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC”. *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial n.º 31, CGPJ, 2000. Pág. 444.

SASTRE PAPIOL, S. “Ejecución de bienes hipotecados”. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Vol. III (coordinador J. Alonso-Cuevillas Sayrol). Difusa, Barcelona. Pág. 432.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. *La ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*. Dilex, Madrid, 2004, pág. 546.

ADÁN DOMÈNECH, F. *La ejecución hipotecaria*. Bosch, Barcelona, 2009. Págs. 420 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*. Tecnos, Madrid, 2013. Pág. 47.

CASERO LINARES, L. *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bosch, Barcelona, 2014. Págs. 104 y 115.

<sup>47</sup> SAP Las Palmas, Sección 5.ª, de 24 de noviembre de 2005 (SP/SENT/701140): *“En el presente caso, según el juez a quo, no tienen lugar los requisitos exigidos en la norma procesal, no se dan ninguna de las causas previstas en la LEC para que tal pretensión del apelante prospere, ya que en el presente caso, el escrito de fecha de 22 de septiembre de 2003, de oposición al despacho de ejecución se presentó el 23-9-2003, alegando como fundamentos jurídicos el art. 559.1 de la LEC, falta de legitimación pasiva y los arts. 118 y 119 de la Ley Hipotecaria. Y estos motivos no están comprendidos en el art. 695 de la LEC”.*

AAP Barcelona, Sección 11.ª, de 28 de abril de 2010 (rec. 994/2009) (SP/AUTRJ/517768): **“Por tanto, toda posible referencia a la oposición como cauce para ventilar supuestos vicios procesales (art. 551.2 in fine) no puede tener aquí cabida. Las únicas oposiciones imaginables de esta naturaleza admisibles para evitar injusticias notorias serían las que**

también se pronuncia parte de la doctrina<sup>48</sup>, pues además de que no está previsto expresamente, **existe otro escollo para entender aplicable el art. 559 LEC en el procedimiento hipotecario, cual es que dicho precepto se refiere, no solo a la oposición por meros defectos procesales, sino a presupuestos del proceso, incluyendo en su seno la legitimación y la ejecutividad del título**. En este sentido, el Auto de la AP Tarragona, Sección 3.<sup>a</sup>, 228/2010, de 15 de octubre (rec. 25/2010) (SP/AUTRJ/622760), no considera que en el procedimiento hipotecario se pueda oponer la falta de legitimación pasiva, por lo que se revoca el auto del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia y se acuerda seguir el procedimiento también contra el fiador.

De todos modos, este criterio resulta discutible; así, la AP de Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, Auto núm. 285/2016 de 10 noviembre (JUR\2017\53497) considera que la demanda contra el fiador en la ejecución hipotecaria debe denunciarse por la vía del art. 559.1.1<sup>o</sup> LEC, constituyendo un defecto insubsanable, que conlleva que deba dejarse sin efecto la ejecución despachada contra este, con imposición de costas al ejecutante (art. 559.2, apartado 2, LEC).

En el mismo sentido, en el Auto de la AP Cuenca, Sección 1.<sup>a</sup>, 29/2012, de 17 de abril (rec. 310/2011) (SP/AUTRJ/701949), se confirma la estimación de la oposición por defectos procesales en el procedimiento hipotecario al haberse dirigido indebidamente contra el fiador, el cual se opuso por carecer del carácter o representación con que se le demandaba (art. 559.1 LEC).

La AP de Huelva, Sección 2.<sup>a</sup>, en Auto núm. 98/2012 de 28 noviembre (AC\2013\812) aunque considera que los fiadores no pueden oponerse alegando su falta de legitimación, porque están limitadas las causas de oposición en el procedimiento hipotecario a las estrictamente contenidas en el art. 695 de la LEC, entiende que el incidente de oposición debe tomarse como de nulidad del procedimiento y declara nulo el despacho de ejecución contra los fiadores.

Por lo demás, en el Auto de la AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, 188/2011, de 16 de marzo, Recurso 845/2010 (SP/AUTRJ/847358) se entiende que al haberse despachado la ejecución hipotecaria contra los fiadores, estos se deberían haber opuesto por la causa prevista en el art. 559.1.1<sup>o</sup> LEC o denunciando una infracción legal ex art. 562 LEC.

Asimismo, en el Auto de la AP Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, 237/2014, de 11 de noviembre (rec. 544/2014) (SP/AUTRJ/795621) se declara que la falta de legitimación pasiva es consustancial a todo supuesto de extinción del crédito o de la garantía. De todos modos, en esta resolución a pesar de considerar que, al no constar el fiador entre los sujetos a los que se refiere el art. 685.1 LEC, debía haberse estimado la causa de oposición interpuesta y haberse acordado el sobreseimiento del procedimiento respecto de la fiadora, no se revoca el auto recurrido, dado que se entiende que no cabe apelación contra los autos que decidan la oposición, salvo cuando se ordene el sobreseimiento de la ejecución o se refieran a una cláusula abusiva, de manera que se desestima el recurso de queja, entendiendo que debe resolverse la cuestión planteada vía nulidad de actuaciones.

---

*girarían en torno a la identidad de la finca (presuponiendo un error existente en el Registro, del tamaño de duplicidad de números correspondientes a fincas distintas, en casos de no coincidencia entre deudor e hipotecante), que siempre se podría demostrar aportando certificación de la «otra» finca aparentemente idéntica”.*

En parecidos términos: Autos de las AAPP Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 2010 (rec. 15/2010) (SP/AUTRJ/519869); Jaén, Sección 2.<sup>a</sup>, de 27 de septiembre de 2010 (rec. 77/2010) (SP/AUTRJ/847244); Tarragona, Sección 3.<sup>a</sup>, 228/2010, de 15 de octubre (rec. 25/2010) (SP/AUTRJ/622760), y Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, 378/2010, de 27 de diciembre (rec. 149/2010) (SP/AUTRJ/699314). SAP Lleida, Sección 2.<sup>a</sup>, 449/2012, de 4 de diciembre (rec. 540/2011) (SP/SENT/847175).

<sup>48</sup> Cfr. MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria ¿Puede evitarse la ruina del ejecutado?*, Foro Jurídico Valencia, 2013. Págs. 185 y ss.

## **2.- Dudosa necesidad de notificar al fiador el saldo deudor antes de iniciar un procedimiento hipotecario y exigencia de notificarle la demanda ejecutiva si se quiere iniciar un proceso posterior contra él**

Conforme a art. 685.5 de la LEC para que pueda iniciarse una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria conforme al art. 579 de la LEC, por la cantidad que falte y contra quienes proceda (entre ellos los fiadores), es necesario que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. La cantidad reclamada en ésta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial. A estos efectos, **el Abogado del ejecutante debe ser cauto y solicitar expresamente la notificación al fiador de la demanda ejecutiva del procedimiento hipotecario, ya que del tenor del mentado precepto no se deriva que el Juzgado la deba practicar de oficio.**

**Por lo demás, resulta controvertido si también resulta necesario notificar el saldo deudor al fiador antes de iniciar el procedimiento hipotecario para el caso de que la cantidad adeudada no resulte del título** y que, por esa razón, sean necesarias unas operaciones para determinar el saldo resultante. El art. 685.2 exige para el despacho de la ejecución, aportar los documentos a que se refieren los arts. 573 y 574 LEC y el apdo. 3.º del art. 573.1 establece la exigencia de acompañar a la demanda *“El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible”*.

Con base en el art. 685.2 algunas resoluciones se pronuncian en este sentido<sup>49</sup>, pero por nuestra parte secundamos el criterio de otro sector que entiende que **no se puede considerar necesaria la obligación de notificar al fiador antes del procedimiento hipotecario la cantidad debida ex art. 573.3 LEC, puesto que este proceso no se dirige contra el fiador<sup>50</sup>, sin perjuicio, de que, en interés del deudor principal o del propio acreedor, pueda cualquiera de ellos, y singularmente el acreedor, realizar al avalista dicha notificación<sup>51</sup>**. El hecho de que no se les haya notificado el saldo deudor antes de la interposición de la demanda de la ejecución hipotecaria no provoca la nulidad, pues los fiadores y avalistas personales no están legitimados pasivamente para soportar la acción de reclamación de cantidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Se entiende que dado que el art. 573 de la LEC es también aplicable en supuestos de ejecución sobre bienes hipotecados, por así establecerlo expresamente el art. 685.2, resulta exigible que con la demanda ejecutiva se aporte el documento que acredite haberse notificado no solo al deudor sino también al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible: AAP La Rioja, Sec. 1.ª, 128/2005, de 10 de noviembre, Recurso 209/2005 (SP/AUTRJ/701124): *“podría cuestionarse si el artículo 573 solo es aplicable a los supuestos de ejecución derivados de demanda ejecutiva por saldo de cuenta, sin embargo, resulta claro que el mismo es también aplicable en supuestos de ejecución sobre bienes hipotecados, por así establecerlo expresamente el artículo 685.2, regulado dentro del capítulo V de referencia relativo a particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, con independencia de que el mismo esté previsto para supuestos de demanda ejecutiva por saldo de cuenta, pues en el trámite especial de ejecución hipotecaria (arts. 681 y ss.), también se prevé que se debe exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 573 en relación con la aportación de documentos (...) tiene que entenderse que, conforme a este conjunto de preceptos, relacionados entre sí y en aplicación conjunta, es exigible que con la demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados o pignorados se aporte el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible, con independencia del requerimiento de pago que debe mandarse en el auto en el que se despacha ejecución, a que se refiere el art. 686 LEC”*.

<sup>50</sup> Auto de la AP Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de julio de 2007 (rec. 7001/2006).

<sup>51</sup> Auto de la AP Granada, Sección 3.ª, de 7 de noviembre de 2010 (SP/AUTRJ/703093).

<sup>52</sup> Autos de la AP Granada, Sección 3.ª, de 7 de octubre de 2011 (rec. 419/2010) y de Granada, Sección: 3, de 31 de marzo de 2016, Nº de Recurso: 18/2016, Nº de Resolución: 46/2016.



### 3.- Intervención adhesiva simple del fiador en el procedimiento hipotecario

Como hemos analizado *supra*, el fiador no debe ser demandado en el procedimiento hipotecario, pero dado que la ejecución le afecta con carácter prejudicial, indirecto o reflejo, **se debe admitir su intervención voluntaria en la ejecución como *interviniente adhesivo simple* (art. 13 de la LEC).**

Admitida su intervención, será considerado parte en el proceso a todos los efectos, lo que **le puede resultar muy conveniente para oponerse a la ejecución, incluso por motivos que no puede alegar el deudor, como cláusulas abusivas, en caso de que el fiador ostente la condición de consumidor y el deudor no lo sea.**

En el Auto de la AP Barcelona, Sec. 13.<sup>a</sup>, 29/2018, de 19 de febrero, Recurso 350/2017 (SP/AUTRJ/946904) se considera que la circunstancia de que el fiador solidario no sea titular de los bienes especialmente hipotecados, que son objeto del pleito, no le priva de la facultad de intervenir en el proceso<sup>53</sup>.

Por lo demás, el Auto de la AP de Madrid, Sec. 12.<sup>a</sup>, 180/2015, de 10 de junio, Recurso 39/2015 (SP/AUTRJ/824354) declara que el fiador ostenta interés legítimo, aunque indirecto, en el resultado de la ejecución hipotecaria, ya que si subastado el bien hipotecado, este no fuera suficiente para cubrir lo debido, el deudor y por ende el fiador, serán responsables por el resto, por lo que se considera procede su intervención como *interviniente adhesivo simple* dadas las repercusiones que el resultado del litigio pudiera tener para el mismo.

### 4.- Problemática acerca de demandar a los herederos del fiador en el proceso de ejecución del art. 579 de la LEC cuando el mismo ha fallecido antes del incumplimiento del deudor

En el caso de que el fiador haya fallecido antes del incumplimiento del deudor o del vencimiento de la deuda, surge el problema de si la fianza se transmite a sus herederos.

Aunque la cuestión no es pacífica<sup>54</sup>, a nuestro juicio procede entender que **no es causa de extinción de la fianza la muerte del fiador, salvo que así se hubiera**

---

<sup>53</sup> En este mismo sentido, la AP de Girona, Sección 1.<sup>a</sup>, Auto núm. 23/2015 de 23 enero (AC\2015\158) declara que *“Cuestión diferente es el interés que estos últimos puedan tener en conocer la existencia del procedimiento hipotecario, supuesto en el que bastará con notificarles, cuando se solicite, que se ha presentado la demanda de ejecución hipotecaria, pudiendo en ese caso invocar estos tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito a los efectos establecidos en el artículo 13 de la LEC”*<sup>53</sup>

<sup>54</sup> Sobre las tesis existentes al respecto, véase: MARQUÉS MOSQUERA, C. “La fianza en los préstamos hipotecarios”. *Cuadernos de derecho y comercio*. Núm. Extraordinario-2014, Diciembre 2014. Pág. 276. Id. vLex: VLEX-546395286. <http://vlex.com/vid/fianza-prestamos-hipotecarios-546395286>. No obstante, esta autora concluye que son muchos los argumentos que avalan la transmisibilidad de la fianza a los herederos del fiador y pocos los que sirven para defender la tesis contraria, pues aunque el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de abril de 1992, estableció que no era posible extender los efectos de la fianza a los causahabientes del fiador, se trataba de un supuesto de fianza en garantía de obligaciones futuras, por lo que la argumentación del Alto Tribunal no se basó en la intransmisibilidad de la fianza, sino por entender que *«la eficacia o extensión de dicha fianza al cumplimiento de esa obligación, surgida con posterioridad a la muerte del fiador, no cabe repercutirla justamente en la persona de tal fiador, ya que es elemental entender, que cualquiera que sea la extensión de los términos establecidos en susodicha fianza, no cabe comprender que quepa garantizar una obligación cuando la misma al nacer ya no esté cubierta por la accesoriedad al no sobrevivir la figura del fiador, pudiéndose, en este caso, afirmarse, habida cuenta la accesoriedad de la fianza como un contrato que se pospone o se adiciona a la preexistencia de una obligatoriedad principal y que incluso, en el caso de que se trate de una garantía de deuda futura, en supuesto alguno, puede compartirse la tesis de la Sala de que, por el carácter indefinido de la misma o la solidaridad de los fiadores, deban repercutirse los efectos del incumplimiento de dicha*

**pactado expresamente**, habida cuenta de que la fianza es una obligación patrimonial no personalísima transmisible de forma solidaria a los herederos que acepten la herencia (arts. 657 y 659 del CC). Como con acierto defiende parte de la doctrina<sup>55</sup> el heredero adquiere la obligación de pagar la deuda siempre y cuando se haya incumplido la obligación garantizada por parte del deudor principal y si no se ha producido el incumplimiento de la obligación garantizada, y hasta que este no se produzca, el heredero solo adquiere la posición de su causante como fiador, esto es, deberá hacer frente al pago de la deuda en las mismas condiciones que el garante fallecido cuando se incumpla la deuda garantizada.

Conforme al art. 1112 del CC todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario y según el art. 1257 *“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”*.

Por lo demás, cuando el Código Civil (arts. 1847 a 1853) regula la extinción de la fianza no contempla la defunción del fiador. En concreto, el art. 1848 del CC establece *“La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador”*. Es decir, según este precepto el deudor puede heredar al fiador, en cuyo caso, obviamente, él no puede ser fiador de sí mismo, pero ello no extingue la fianza respecto del subfiador. Si el deudor también es heredero la parte que corresponde a este se extingue por confusión, pues nadie puede ser simultáneamente deudor y fiador.

La AP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 338/2018, de 12 de julio, Recurso 98/2018 (SP/SENT/973036) resuelve un recurso en que habiendo fallecido la fiadora, antes del incumplimiento del deudor, la parte apelante alegaba que la obligación de dicha fiadora no integraba el caudal hereditario como pasivo, al considerar que solo formaban parte del caudal relicto los derechos y obligaciones existentes al tiempo del fallecimiento. La AP entiende que **la deuda existe desde que la fianza se constituye, por lo que declara la transmisión de la fianza a los herederos aunque cuando falleció la fiadora no había vencido la deuda**<sup>56</sup>. El Tribunal Supremo<sup>57</sup> ha declarado que la

---

*obligación a una persona que, como el causante de los actores, ya había fallecido cuando se concierta esa futura obligación»*

<sup>55</sup> Cfr. ARIJA SOUTULLO, C. “Transmisión hereditaria de la fianza”. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. III, núm. 1 (enero-marzo, 2016). Pág. 31.

<sup>56</sup> SAP Valencia, Sec. 7.<sup>a</sup>, 338/2018, de 12 de julio, Recurso 98/2018 (SP/SENT/973036): **“Y en este contexto aunque el fallecimiento de la fiadora Doña Claudia, lo fue en fecha 31-7-2003, la liquidación de la deuda en fecha 29-4-2009, y el pago en fecha posterior no puede dudarse de que se transmitió a sus herederos, tal como se desprende de los arts. 1.112 y 1257 del CC (...). En el presente caso, no estamos en el supuesto de contrato de fianza sobre una obligación futura, a que se refiere la citada STS, Sala 1.<sup>a</sup> 29-4-1992, rec. 449/1990, sino de una obligación concreta y determinada de póliza de crédito de 10.000.000 pesetas, garantizada desde su inicio por los fiadores, aunque su concreta liquidación en orden al importe que resultase impagada, se determinase lógicamente al vencimiento del plazo o cuando se diesen las condiciones relativas a su posible vencimiento anticipado. De modo que cuando la difunta Sra. Claudia falleció en fecha 31-7-2003, su condición de fiadora permanecía hasta la fecha de vencimiento del contrato, esto es el 28-5-2011, y era transmitida a sus herederos”**.

SAP Castellón, Sec. 1.<sup>a</sup> 22 de febrero de 2008, nº 38/2008, rec. 262/2007: **“Delimitado en esos términos el recurso y por lo que respecta a la responsabilidad del demandado en tanto que heredero del causante, la cuestión se concreta en determinar si la condición de fiador solidario se hereda o, por el contrario, como afirma la sentencia impugnada, no es transmisible. Al respecto no es necesario más que observar el tratamiento que recibe en el Código Civil EDL 1889/1 y, en consecuencia, decir que, no tratándose de una obligación personalísima, es transmisible a los herederos, ya que no prevé dicha legislación, en los**

obligación del fiador no nace cuando el crédito que afianza no es satisfecho sino cuando constituye la fianza, pues carecería de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento.

Asimismo, el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, prevé en su art. 9 la posibilidad de que el fiador fallezca, estableciendo que los prestamistas inmobiliarios deberán facilitar la información que permita a los sucesores de un prestatario, fiador o garante (una vez acreditada tal condición por cualquier medio admisible en Derecho), conocer el estado del préstamo inmobiliario frente a aquel al tiempo del fallecimiento del causante, sin que en ningún caso pueda exigirse la acreditación de la aceptación de la herencia a los efectos del suministro de esta información.

**La fianza se hereda y los acreedores podrán oponerse a que se reparta hasta que no se pague o afiance su crédito (art. 1082)** aunque si el fiador hubiera pagado la obligación garantizada antes de su muerte, podrán sus herederos ejercitar contra el deudor la acción de regreso (art. 1838 del CC) o subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839).

**Conforme al art. 1084 CC hecha la partición, el acreedor podrá exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos** que hubieren aceptado la herencia pura y simplemente, pues su responsabilidad es solidaria. En el supuesto de que hayan aceptado a beneficio de inventario solo responderán hasta el límite de lo heredado<sup>58</sup>.

### **III.- Discriminación de los garantes en el proceso de ejecución: prerrogativas legales que solo resultan aplicables al deudor**

La legislación vigente no ampara de la misma manera al deudor que al garante, a pesar de que este también ostente la condición de ejecutado, existiendo ciertos derechos de los que la ley les priva.

El hipotecante no deudor es demandado en el proceso de ejecución hipotecaria en que se persigue la realización del inmueble, no pudiendo serlo en la ejecución ordinaria en que se ejercita la acción personal cuando la garantía hipotecaria ha sido insuficiente (art. 579 de la LEC). Por el contrario, el fiador personal, aunque no es demandado en la

---

*preceptos reguladores de la fianza que ésta pueda extinguirse por la muerte del fiador, evidentemente salvando la circunstancia de que la muerte se hubiera producido antes de la generación de la deuda, caso que no es éste, pues la deuda -de devolución- existe desde que el préstamo se constituye. No puede desligarse el heredero, salvo en determinadas circunstancias que la propia ley prevé, de la obligación que, como cualquier otra, viene transmitida en el haber hereditario junto con los activos, formando parte del pasivo de aquél. **Es cierto que la STS de 29 de abril de 1992 establece que en un contrato de fianza sobre una obligación futura, perfectamente admitido en el art. 1825 CC EDL 1889/1, "no es posible extender los efectos de dicha fianza a sus causahabientes", pero se refiere a los intereses devengados a partir de la muerte del causante, en el sentido de que no pueden gravar al sucesor. En consecuencia, debemos concluir que la fianza es transmisible al heredero universal del modo en que lo puede ser cualquier otra obligación no personalísima.***

<sup>57</sup> STS, Sala 1ª, de 22 de julio de 2002, Nº de Recurso: 463/1997, Nº de Resolución: 770/2002.

<sup>58</sup> VVAA. "Transmisibilidad a los herederos de la deuda del ascendiente con un banco por un contrato de fianza en casos de sucesión hereditaria". Coordinador: Vicente Magro Servet. *Revista de Jurisprudencia* 22, número 4, el 27 de enero de 2011. ELDERECHO.com.

En la SAP de Cantabria, Sec. 4.ª, 306/2017, de 7 de junio, Recurso 661/2016 (SP/SENT/912056) se acuerda el reembolso al fiador del préstamo hipotecario de los padres fallecidos de una menor que aceptó la herencia a beneficio de inventario y condena a esta, en la persona de su tutora, con el límite del valor de los bienes de la herencia. La aceptación a beneficio de inventario es un remedio para evitar la confusión de patrimonios y la responsabilidad del heredero con sus propios bienes, lo que solo ocurre en la aceptación pura y simple (art. 1003 del CC).

ejecución hipotecaria puede serlo en la ejecución ordinaria del art. 579 de la LEC siempre y cuando se haya notificado al mismo la demanda del procedimiento hipotecario (art. 685.5 de la LEC).

En ambos procesos inexplicablemente la ley restringe ciertos derechos únicamente al deudor, y aunque pudiera resultar discutible si el fiador ostenta dicha consideración, dada su condición de obligado al pago, en modo alguno puede entenderse que lo sea el hipotecante no deudor, como su propio nombre indica.

### **1.- Mayor porcentaje para que el ejecutante se adjudique el inmueble solo cuando este constituye la vivienda habitual del “deudor” y no de otro ejecutado**

En caso de subasta desierta **solo cuando se trate de la vivienda habitual del “deudor” el art. 671 LEC exige al ejecutante para adjudicarse el inmueble ofrecer una cantidad de al menos el 70% del valor de salida (o, si lo debido es inferior, del 60%)**; pues en otro caso el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor de salida del bien o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, conforme al art. 670.4 de la LEC **si ningún postor ofrece al menos el 70% del valor por el que el inmueble ha salido a subasta ni el ejecutado presenta en diez días un tercero que adquiera el bien por cantidad superior a dicho importe o al menos que cubra todo lo debido, el ejecutante en el plazo de cinco días se podrá adjudicar el mismo por el 70% o por lo que se le debe por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura y solo en caso de que sea la vivienda habitual del “deudor” ha de ser también superior al 60% del valor de tasación**, por así disponerlo la disposición Adicional 6ª de la LEC<sup>59</sup>.

**No se alcanza a comprender la injustificada discriminación legal al ejecutado que no ostenta la condición de deudor, lo que se intenta remediar realizando una interpretación extensiva del término, incluyendo en su seno todo aquel que ostente en el proceso de ejecución la consideración de “ejecutado”.**

En este sentido, la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, en Auto 62/2018 de 29 Jun. 2018, Rec. 433/2017, considera que *“No es pues descartable en absoluto una interpretación que asimile al deudor otras figuras análogas (fiador o hipotecante no deudor) en las que se produzca la misma situación de pérdida de una vivienda que sirva de morada, superando así analógicamente la dicción legal —cuya estricta precisión terminológica puede ser discutida— al ser extensible a aquéllas la misma finalidad tuitiva del precepto”*.

En similares términos se pronuncia el Auto, de la Sección 25ª, de la AP de Madrid, 85/2019, de 12 de marzo (Nº de Recurso: 667/2018) que versa sobre un supuesto en que la propiedad de la vivienda pertenecía a una sociedad y al propio tiempo era el domicilio habitual de la fiadora (persona física). La AP considera que dada la posición sistemática del precepto que regula toda ejecución inmobiliaria, relativa o no a consumidores, **no hay base para entender que al aludir en el precepto al “deudor” se pretenda establecer una diferenciación consciente entre su régimen y el de otras personas distintas (el hipotecante no deudor o el fiador) cuando respondan con el inmueble en que viven, no siendo descartable en absoluto una interpretación que asimile el deudor a otras figuras análogas (fiador o hipotecante no deudor)** en las que se produzca la misma situación de pérdida de una vivienda que sirva de morada.

Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, de 22 de

---

<sup>59</sup> La Disposición Adicional 6ª, segundo párrafo, de la LEC (introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre) matiza el art. 670.4 de la LEC estableciendo que la exigencia de ser superior al 60% solo opera para el caso de vivienda habitual “del deudor”. **La técnica legislativa resulta pésima, ya que resulta reprobable que una modificación que afecta directamente al art. 670.4 no esté incluida en el propio precepto y que se discrimine, sin razón alguna, a quien siendo ejecutado no reuna la condición de deudor.**

noviembre de 2016 (Nº de Recurso: 560/2015, Nº de Resolución:454/2016) declara que siendo el hipotecante persona física y deudor solidario de la obligación garantizada, no existe obstáculo alguno para que se le aplique las prerrogativas que establece el art. 671 para cuando queda desierta la subasta de la vivienda habitual del deudor, aun cuando el deudor principal sea una entidad mercantil, ya que tal circunstancia no empaña la realidad de que la vivienda es y ha sido desde la constitución de la escritura su domicilio habitual y ello al margen de la caracterización o no como consumidor, puesto que tal exigencia no está prevista en la Ley.

## **2.- Limitación de las costas únicamente al “deudor”**

El art. 575.1 bis de la LEC establece que *“En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al **deudor** ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva”*

Este porcentaje **se aplica sobre lo reclamado en la demanda ejecutiva de principal<sup>60</sup>, sin adicionar lo presupuestado para intereses y costas, habiendo considerado la DGRN que en dicha cuantía se incluye el IVA** (Resolución de 19 de septiembre de 2018<sup>61</sup>), al no haberlo excluido expresamente el legislador, a diferencia de en el segundo inciso del párrafo cuarto del art. 243.2 de la LEC.

El problema es que de una interpretación literal de dicho precepto se infiere que el mismo no resulta aplicable a quien no sea deudor y aunque podría dudarse si lo es el fiador, en su condición de obligado, en modo alguno lo es el hipotecante no deudor, lo que constituye una discriminación negativa en su contra que no se alcanza a comprender.

Además, aun cuando al deudor y avalistas no se puede repercutir en las costas la tasa que ha abonado el ejecutante (persona jurídica) en los procesos de ejecución hipotecarios o en los derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios, para dicha exención se exige que la hipoteca se haya constituido para la *“adquisición”* de la vivienda habitual (art. 241.1.7º LEC). Es decir, **el legislador no ha querido exonerar de la tasa al que haya hipotecado su vivienda habitual cuando el préstamo sea destinado a otra finalidad, lo que ocurre normalmente con los hipotecantes no deudores**, aun cuando la hipoteca recaiga sobre su vivienda habitual.

## **3.- Rebaja de la parte embargable del sueldo solo al deudor que haya perdido su vivienda habitual hipotecada y no al fiador cuya vivienda embargada se haya subastado**

El art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, eleva en un 50 % el mínimo inembargable establecido en el art. 607 LEC para los deudores hipotecarios que hayan perdido su vivienda habitual hipotecada. En el año 2020 el salario mínimo interprofesional (SMI) se encuentra en 950 euros, constituyendo dicho importe el primer tramo que no puede embargarse, con independencia de lo que se perciba de sueldo o pensión (con la excepción prevista en el art. 608 para prestaciones alimenticias<sup>62</sup>); no

<sup>60</sup> Véase: *Consulta Base de datos Sepín*. Septiembre 2015 (SP/CONS/87013).

<sup>61</sup> Según la Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2018 los intereses del deudor ejecutado se encuentran mejor protegidos si se entiende que dentro del límite del 5% que el art. 575.1 bis fija para las costas exigibles en caso de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor, se incluye también el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, pues no hay que olvidar que fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo la que introdujo en la ley civil rituarial este precepto y la *voluntas legislatoris* no fue otra que garantizar que la ejecución hipotecaria se realizara de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario fueran protegidos de forma adecuada, siendo por tanto este criterio finalista el que ha de presidir cualquier interpretación de las normas de dicha Ley.

<sup>62</sup> Art. 608 LEC: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la*

obstante, **para quienes han perdido su vivienda habitual hipotecada, y aún sigan debiendo parte del préstamo, dicho mínimo se eleva a 1425 euros (950 €/mes + 50 %). A su vez, este importe se incrementa en otro 30 % del SMI (285 euros en este año 2020) por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al SMI**, entendiéndose por núcleo familiar el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al SMI y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar, se embargarán conforme a la escala prevista en el art. 607.2 LEC, es decir, siguiendo la regla general<sup>63</sup>.

**A nuestro juicio, resulta harto criticable que el mentado precepto solo se aplique al deudor y en modo alguno al fiador si, resultando insuficiente la garantía hipotecaria, se embargara su vivienda y posteriormente su sueldo o pensión**, siendo que todo el que sufre la pérdida de su vivienda familiar (hipotecada o embargada) merecería un tratamiento especial cuando se procediera al embargo de otros bienes de su propiedad en aras de no dejarlo en la más absoluta indigencia. Una persona que debe buscar otro lugar para residir con su familia, necesita una mayor parte de salario o pensión libre de embargo para proveerse de techo y cobijo, por lo que **no se comprende que solo se conceda esta deferencia legal a quien haya perdido su vivienda habitual hipotecada, pero no a quien sufra el embargo y ulterior enajenación forzosa de su vivienda habitual embargada a consecuencia de deudas propias o ajenas**<sup>64</sup>.

#### **4.- Derecho a liberar la vivienda habitual hipotecada sin consentimiento del acreedor únicamente al “deudor”**

Resulta reprobable que el legislador no haya aprovechado la reforma del art. 693.3 de la LEC (*relativo al vencimiento anticipado por impago de cuotas de la hipoteca*) por la D.F.5ª de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos del crédito Inmobiliario, para **permitir a todo ejecutado (y no solo al deudor) liberar su vivienda habitual sin consentimiento del acreedor**<sup>65</sup>. El mentado precepto reza en los

---

*obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada”.*

<sup>63</sup> El art. 1 del Real Decreto 8/2011 ha venido a mejorar lo establecido en el art. 15 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo, resultando criticable que ninguna de dichas normas haya tenido reflejo en el art. 607 LEC, a pesar de modificar directamente su contenido, pues la dispersión normativa puede originar confusión.

<sup>64</sup> Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J. “Pérdida de la vivienda habitual a consecuencia de deudas ajenas”. *Revista Práctica del Derecho. CEF legal* n.º 151-152, agosto-septiembre 2013.

<sup>65</sup> El párrafo segundo del art. 693 de la LEC ha sido reformado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el sentido de que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. No obstante, siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, con carácter imperativo, y sin que quepa prueba en contrario, el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las

siguientes términos: “En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al **deudor** que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, **el deudor** podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior”.

**Bien es cierto que el art. 693.3 LEC también permite a un tercero realizar el pago con el consentimiento del acreedor, pero hay que tener en cuenta que el hipotecante no deudor y el tercer poseedor ni son deudores ni son tampoco terceros en el proceso de ejecución puesto que son ejecutados**, por lo que no se entiende que el legislador modificara el art. 670.7 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, permitiendo al ejecutado (y no solo al deudor, como se decía con anterioridad) liberar el bien pagando todo lo debido al ejecutante por principal, costas e intereses y que no realizara idéntica modificación en el art. 693. El problema es que cuando libera el bien quien no es deudor se exige en todo caso el consentimiento del ejecutante, tenor literal que debería flexibilizarse **en el sentido de no exigir dicho consentimiento para ningún ejecutado, sea o no deudor, que libere el bien cuando este constituya su vivienda habitual**<sup>66</sup>.

#### **IV.- Medios de defensa del hipotecante no deudor y del fiador**

##### **1.- Legitimación para solicitar la nulidad de cláusulas abusivas del contrato de hipoteca, aun cuando el deudor no sea consumidor, pero no para instar la anulabilidad por vicios de consentimiento del deudor**

Resulta posible que el fiador o garante ostente la condición de consumidor aunque el deudor no lo sea, habida cuenta de que nuestros tribunales<sup>67</sup> secundan la doctrina del

---

cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

<sup>66</sup> Cfr. SÁNCHEZ GÁLVEZ, F. J. “Guía práctica procesal para la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual”. Disponible en: [notariosyregistradores.com](http://notariosyregistradores.com).

<sup>67</sup> AAP Lugo, Sección 1.ª, 3/2017, de 11 de enero (rec. 497/2016); Pontevedra, Sección 1.ª, 83/2016, de 6 de abril (rec. 128/2016); Asturias, Oviedo, Sección: 6 de 18 de noviembre de 2016, Nº de Recurso: 432/2016, Nº de Resolución: 331/2016; A Coruña, Santiago de Compostela, Sección 6.ª, 115/2017, de 7 de noviembre (rec. 241/2017); Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero (rec. 334/2016) (SP/AUTRJ/886577); Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero (rec. 95/2017) (SP/AUTRJ/958260); Girona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril, (rec 177/2018) (SP/AUTRJ/953517). Resoluciones de la DGRN de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017.

TJUE<sup>68</sup>, conforme a la cual **si el garante actúa en un marco ajeno de su actividad profesional tendrá la consideración de consumidor aunque la operación afianzada tenga carácter empresarial, siempre que entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales** (por ejemplo, una sociedad y su administrador<sup>69</sup>).

De todos modos, **la normativa de consumo solo se aplica en lo que afecte al fiador consumidor:**

En este sentido, la DGRN, en la Resolución de fecha 31 de octubre de 2017, considera que, **aunque concurra en el garante la condición de consumidor, si no lo es el deudor no son aplicables los límites impuestos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de junio de 2016, en la que señala como criterio objetivo de abusividad que el interés moratorio no podrá ser superior en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado**, por no ser aplicable el control de la abusividad a las cláusulas contenidas en contratos no incluidos en el ámbito de protección de la legislación especial en materia de consumidores. En el supuesto de hecho de dio lugar a esta resolución era solo consumidor el hipotecante no deudor, por lo que se considera que el ámbito del control de abusividad debía limitarse a las cláusulas concretas del contrato de garantía, sin extenderse a las específicas del contrato principal garantizado.

En este mismo sentido, en la Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 1.ª, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017) (SP/SENT/942997), **se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos**, no afectando a las obligaciones del deudor (no consumidor), lo que determina que la pretensión de restitución, no constando el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, se desestime<sup>70</sup>.

Asimismo, la Audiencia Provincial Asturias, Oviedo, Sección: 6, en la sentencia de 18 de noviembre de 2016 (Nº de Recurso: 432/2016, Nº de Resolución: 331/2016)

---

<sup>68</sup> Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 [reiterado por el Auto del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15)]

<sup>69</sup> SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, 122/2018, de 22 de febrero, Recurso 322/2017 (SP/SENT/946212): *"...no podemos atribuir la condición de consumidor a la sociedad demandante y tampoco a las personas físicas que suscribieron el crédito con la condición de fiadores porque también ellos ostentan la condición de profesionales por su carácter de administradores de la sociedad"*.

En parecidos términos: SAP Barcelona, Sec. 17.ª, 306/2019, de 9 de mayo, Recurso 153/2019 (SP/SENT/1005860): *"La sentencia de instancia, acertadamente, niega la condición de consumidores a los demandados en aplicación de la doctrina emanada del auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015 (que los apelantes citan y transcriben parcialmente). Razona el Juez a quo que "el Sr. Ángel era representante legal de la mercantil contratante, por lo que no puede dudarse que existe un estrecho vínculo funcional entre el codemandado y la mercantil que impide que pueda calificarse al demandado como consumidor o usuario frente a la entidad bancaria demandante", añadiendo "y lo mismo debe afirmarse respecto de la Sra. Claudia. Al haberse concertado los contratos constante el matrimonio no puede considerarse que la codemandada tuviera una finalidad distinta de la de su marido al afianzar a la mercantil, ni que actuara con un propósito ajeno a la actividad de la propia mercantil, en los mismos términos que lo hacía su esposo"*.

No obstante, la SAP Salamanca, Sección 1.ª, 548/2017, de 1 de diciembre (rec. 575/2017) versa sobre un supuesto en que unos cónyuges habían afianzado a una empresa, siendo el marido administrador único de la misma, si bien la esposa no tenía ninguna vinculación con esta, por lo que se declaran abusivos los intereses de demora fijados en un 18 % solo respecto de ella.

• <sup>70</sup> En parecidos términos: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 331/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 432/2016.



confirma la estimación de la demanda respecto de la nulidad de la cláusula suelo en relación a los fiadores solidarios y la desestimación de la presentada respecto de los prestatarios principales que no ostentaban dicho carácter.

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sección: 1, de 6 de abril de 2016 (Nº de Recurso: 128/2016, Nº de Resolución: 83/2016) se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor), declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración<sup>71</sup>.

La SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo, Recurso 763/2018 (SP/SENT/1006465) considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario o acreditado, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, **ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables como la cláusula suelo, el interés de demora, vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectan como el pago de los gastos y costas judiciales que se imponen en todo caso a la parte deudora ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.**

En algunas resoluciones (como la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en la Sentencia 284/2019 de 27 Mar. 2019, Rec. 601/2018) ni siquiera se considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo al entender que ningún perjuicio les ha causado dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado<sup>72</sup>. En parecidos términos, la SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre (recurso 639/2017) (SP/SENT/971531) declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés, por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora, por ostentar interés legítimo dado que la aplicación de esas cláusulas es esencial para determinar el alcance final de la responsabilidad de la actora como garante (fiadora) de la deuda.

**De todos modos, debe distinguirse según que la acción de nulidad contractual sea la de nulidad relativa (anulabilidad) de los supuestos en que la acción esté fundada en causas de nulidad radical; en el primer caso, únicamente estarían legitimados los contratantes, mientras que en el segundo bastará que se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez<sup>73</sup>.**

---

<sup>71</sup> Asimismo, la AP de Huelva, Sección 2ª, Auto núm. 38/2018 de 31 enero (JUR\2018\93415) declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalculen las cantidades resultantes de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado.

<sup>72</sup> Por el contrario, la SAP Asturias 17 de Marzo de 2017 (Nº de Recurso: 81/2017, Nº de Resolución: 106/2017) considera que el fiador solidario se encuentra plenamente legitimado para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo dado que disminuye su responsabilidad aunque finalmente en esta sentencia se entiende que esta cláusula supera el control de incorporación, por lo que no la declara nula y en similares términos se pronuncia la SAP de Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 31/2018, de 26 de enero, Recurso 457/2017 (SP/SENT/944737).

<sup>73</sup> Como precisa la Audiencia Provincial de León, Sección: 1ª, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2016 (Nº de Recurso: 367/2016, Nº de Resolución: 290/2016), **es importante precisar que la nulidad por abusividad de una cláusula contenida en el contrato principal sí puede ser planteada por quien, como consumidor, pudiera verse afectado por ella,**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, Sección 3ª, de 31 de enero de 2013 (Nº de Recurso: 3343/2012, Nº de Resolución: 24/2013) **no reconoce legitimación activa a los fiadores solidarios de una mercantil de la que eran administradores para solicitar la nulidad por vicios de consentimiento de unos contratos de swaps** dado que en los mismos no fueron parte contratante, pues la obligación asumida por los demandantes para con la entidad bancaria en virtud la póliza de garantía y afianzamiento, si bien de carácter accesorio y subordinado, se considera un contrato distinto e independiente de aquellos con independencia de que fueran fiadores solidarios dado que la jurisprudencia no identifica, a efectos del régimen aplicable, fianza y obligación solidaria, pues **aunque es cierto que se legitima para demandar la nulidad de un contrato con base en el art. 1302 CC a los obligados, principal o subsidiariamente en virtud de ellos, ello queda reservado a las hipótesis de nulidad absoluta, pero no cuando se denuncia una ineficacia relativa como es la nulidad provocada por error sustancial que vicia el consentimiento contractual.**

En parecidos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección: 8 de 23 de enero de 2019 (Nº de Recurso: 529/2018, Nº de Resolución: 19/2019) **no otorga legitimación *ad causam* al fiador en un caso de anulabilidad de la cláusula multidivisas**, pues el art. 1853 CC solo le permite oponer las excepciones que competan al acreedor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las puramente personales del deudor, con lo que se impide alegar vicios en los que hubiera podido incurrir el deudor al prestar su consentimiento, por ser excepción personal, sin que a ello sea óbice que la fianza se hubiera prestado con carácter solidario. **No puede entenderse que el fiador ostente legitimación para instar la nulidad del contrato principal que él afianza, basándose en la existencia de vicios del consentimiento personales y con los que pretende se declare la anulabilidad del mismo**, ya que el contrato de afianzamiento es un contrato distinto y se solicita la anulación del contrato afianzado y no del de fianza, por lo que el fiador carece de legitimación, aun cuando pudiera tener interés en que fuese anulado, pues salvo para los supuestos de nulidad radical, dicha legitimación no le puede ser reconocida. Si el prestatario sufre error en la prestación del consentimiento es él, y solo él, quien puede pedir la anulación del contrato de préstamo; el fiador no puede pedir su nulidad so pretexto de que el prestatario sufrió error en la prestación del consentimiento. La razón es evidente: **los contratos anulables por vicios del consentimiento son contratos inicialmente válidos, que siguen siéndolo en tanto en cuanto no se pida su nulidad y que, incluso, pueden ser confirmados por quien sufrió el vicio del consentimiento**, por lo que no puede un tercero (aunque sea un fiador y administrador de la sociedad prestataria) pedir la anulación del contrato de préstamo contratado, ya que no ejercita acción alguna en representación suya<sup>74</sup>.

## **2.- Resarcimiento del perjuicio causado en caso de pago o ejecución de sus bienes**

Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en acreedor del deudor principal y el ordenamiento jurídico establece mecanismos para que pueda cobrar esa deuda y resarcirse en lo posible del quebranto

---

**aunque no fuera parte en el contrato principal y sí en otro accesorio.** Y ello porque la nulidad de las cláusulas abusivas no es relativa, sino de pleno derecho conforme establece el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>74</sup> En similares términos: Audiencia Provincial de León, Sección: 1ª, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2016, Nº de Recurso: 367/2016, Nº de Resolución: 290/2016.

patrimonial que le supuso tener que hacer frente con sus bienes del pago de la deuda garantizada.

A.- Resarcimiento del hipotecante no deudor: subrogación en la posición del acreedor frente al deudor y fiador

En el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede restituirse al hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada o cuando el bien hipotecado del que es propietario fuere objeto de realización forzosa por el acreedor hipotecario. La solución ha sido encontrada en el art. 1210.3 del CC, que prevé la subrogación cuando quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación satisface al acreedor.

**El Tribunal Supremo<sup>75</sup> considera que el hipotecante por deuda ajena que paga lo debido al acreedor tiene el derecho de subrogación establecido en el art. 1.210.3.º CC**, según el cual se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda<sup>76</sup>.

En el ámbito de este precepto **es procedente subsumir tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa**, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella<sup>77</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que se produzca la subrogación como consecuencia de un **pago parcial**, la misma se encuentra admitida en el art. 1.213 CC, que resuelve el problema de la concurrencia del derecho del acreedor pagado en parte y del subrogado por un pago parcial, al disponer que *“El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito”*. **El hipotecante no deudor que satisfaga al acreedor se subroga ex lege en la posición del mismo y, por tanto, está legitimado frente al deudor y los fiadores del deudor principal para solicitar el pago<sup>78</sup>**.

---

<sup>75</sup> Sentencias del TS, Sala Primera, de lo Civil, 18/2009, de 3 de febrero (rec. 3128/2002) (SP/SENT/445701) y 710/2014, de 15 de diciembre, rec. 680/2013, (SP/SENT/790619).

En el mismo sentido: Sentencias de las AA. PP. Madrid, Sección 12.ª, de 25 de septiembre de 2009 (SP/SENT/491393); Girona, Sección 1.ª, de 10 de mayo de 2013 (SP/SENT/837183), y Zaragoza, Sección 5.ª, 151/2014, de 12 de mayo (rec. 141/2014) (SP/SENT/768819).

<sup>76</sup> De todos modos, el hipotecante por deuda ajena no puede dirigirse contra los fiadores solidarios liberados por el acreedor antes del pago, no pudiendo pretender frente al acreedor que liberó a los fiadores la extinción de la hipoteca y reclamarle una indemnización por daños. La Sentencia 18/2009, de 3 de febrero (rec. 3128/2002) (SP/SENT/445701) considera que no resulta de aplicación al hipotecante no deudor lo dispuesto en el art. 1.852 CC, conforme al cual *“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”*, porque supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca que no está prevista por el ordenamiento jurídico, y, además, la norma del art. 1.852 CC presenta unas características propias muy singulares que le atribuyen una nota de excepcionalidad que no la hacen aplicable por analogía a otras figuras de garantía distintas de la fianza, tesis que es discutida por parte de la doctrina (Cfr. BELUCHE RINCÓN, I. “La lesión del derecho de subrogación del hipotecante por deuda ajena (a propósito de la STS de 3 de febrero de 2009). *Diario La Ley* n.º 7443, Sección Tribuna, 12 de julio de 2010).

<sup>77</sup> SSTS 18/2009, de 3 de febrero (rec. 3128/2002) (SP/SENT/445701), y 761/2015, de 30 de diciembre (rec. 2246/2013) (SP/SENT/837196).

<sup>78</sup> Sentencias del TS, Sala Primera, de lo Civil, 18/2009, de 3 de febrero (rec. 3128/2002) (SP/SENT/445701) y 710/2014, de 15 de diciembre, rec. 680/2013, (SP/SENT/790619).

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en su Sentencia 761/2015, de 30 de diciembre (rec. 2246/2013) (SP/SENT/837196) admite la pretensión del hipotecante no deudor, aun cuando en la demanda no acertó en la invocación del art. 1210 del CC, considerando que no existe indefensión ni se produce una alteración de los términos del debate por la aplicación de este precepto que regula la acción subrogatoria, siendo que el demandante (hipotecante no deudor) había ejercitado una acción de reembolso del art. 1838 del CC, por lo que confirma el pronunciamiento de la AP que había considerado que podían modificarse las calificaciones jurídicas realizadas por el demandante sin que se infringiera el principio de congruencia, ya que no se alteraba la causa de pedir.

**Si el deudor fuera declarado en concurso y el hipotecante no deudor hubiera abonado lo debido por aquel antes de la declaración del mismo**, deberá comunicar su crédito para que le sea reconocido dentro del concurso, al haberse subrogado en la posición del acreedor.

**Si el hipotecante no deudor paga al acreedor después la declaración de concurso del deudor, sustituirá a aquel en dicho proceso de ejecución universal.** A estos efectos, compartimos el criterio de parte de la doctrina<sup>79</sup> que considera que **el pago íntegro efectuado al acreedor hipotecario en modo alguno se puede considerar como un crédito contra la masa al no poder incluirse en el art. 84.2.10.º de la LC, conforme al cual ostentan esta consideración “Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo”**. Lo más oportuno es que se subrogue en el derecho del acreedor, conforme a lo establecido en el art. 87.6 de la LC, precepto que se considera perfectamente trasladable al hipotecante no deudor a pesar de que el mismo se refiere al pago por el fiador permitiendo al garante sustituir al titular del crédito en el concurso<sup>80</sup>. Asimismo, se considera aplicable al hipotecante no deudor el art. 160 de la LC, conforme al cual si después de que el acreedor cobre parte de la deuda del fiador o avalista, fuere el deudor declarado en concurso, tendrá derecho el acreedor a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de este. Si el garante solo ha pagado al titular del crédito parte de la deuda, también pudiera aplicarse al hipotecante no deudor el art. 87.7 de la LC<sup>81</sup>, conforme al cual a solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien

---

<sup>79</sup> Cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. “Ejecución hipotecaria frente a deudor en situación de concurso e hipotecante no deudor”. *Anuario de Derecho Concursal* num.32/2014 parte Comentario de Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014. BIB 2014\690. FACHAL NOGUER, N. “El hipotecante no deudor y deudor no hipotecante en el concurso de acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal* num.42/2017 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. BIB 2017\12763.

<sup>80</sup> Art. 87.6 de la LC: “Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”.

<sup>81</sup> Según el Tribunal Supremo (sentencia de 17 de abril de 2012, Nº de Recurso: 650/2009, Nº de Resolución: 227/2012) el art. 87.7 de la LC “se entiende en el sentido de que, como el acreedor parcialmente satisfecho tiene derecho a cobrar lo que le falte antes que el tercero subrogado, puede exigir que en la lista aparezca su derecho al total de la deuda, aunque aquel no hubiera comunicado su crédito o hubiera perdonado al deudor”.

hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda<sup>82</sup>.

La figura de *hipotecante no deudor* comparte con la fianza y con la pignoración hecha a favor de tercero, que son garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas y que cuando el garante paga la deuda, se convierte, por este hecho, en acreedor del deudor principal.

**No obstante, mientras que el hipotecante no deudor se puede subrogar en la posición del acreedor frente al deudor y el fiador, no opera lo contrario, es decir, al hipotecante no deudor, no se le pueden reclamar por el deudor, ni tampoco por el fiador, parte de las cantidades por ellos abonadas.** La sentencia de la AP Madrid, Sec. 14.<sup>a</sup>, 346/2017, de 11 de diciembre, recurso 545/2017 (SP/SENT/939808) declara que a ello no es óbice que, en el caso enjuiciado en dicha resolución, el préstamo se otorgara para una compra de vivienda perteneciente *pro indiviso* tanto al hipotecante no deudor, como al hipotecante prestatario, o que el hipotecante no deudor no abonara cantidad alguna para su adquisición, con base a los pactos que entre ellos hubiera.

## B.- Resarcimiento del fiador

### *a.- Acción de regreso y derecho de subrogación*

Como predica la STS, Sala Primera, de lo Civil, 761/2015, de 30 de diciembre, recurso 2246/2013, una vez que el fiador ha realizado el pago de la obligación de fianza (denominada "*fideiusoria*"), por lo general con el mismo contenido que la obligación afianzada, **ostenta frente al deudor principal el derecho de reembolso o regreso (art. 1838 del CC)<sup>83</sup> y la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 del CC).** El fiador dispone de ambas acciones<sup>84</sup>, respecto de las que el TS en esta sentencia declara que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del mismo.

En opinión de la doctrina<sup>85</sup> la expresión «pago» debe entenderse ampliamente, incluyendo tanto el pago, con o sin el consentimiento del deudor, como cualquier medio

---

<sup>82</sup> Cfr. FACHAL NOGUER, N. "El hipotecante no deudor y deudor no hipotecante en el concurso de acreedores". *Anuario de Derecho Concursal* num.42/2017 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. [BIB 2017\12763](#).

<sup>83</sup> No obstante, en la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.<sup>a</sup>, 450/2018, de 4 de octubre, Recurso 605/2017 (SP/SENT/980466) se declara que no procede el pago de lo reclamado por el fiador solidario cuando resulta probado el pacto entre este y el deudor hipotecario por el cual el primero vivía en el inmueble con la obligación de atender el pago de las cuotas hipotecarias.

<sup>84</sup> La Audiencia Provincial de Guadalajara, en el Auto 86/2008 de 12 Nov. 2008, Rec. 216/2008 desestima el recurso de apelación interpuesto contra la denegación del despacho de una ejecución instada por el fiador que había abonado parcialmente la deuda en reclamación de lo abonado al deudor. La AP manifiesta que **aunque en determinados supuestos pudiera sostenerse que el fiador que paga podría acudir a la vía ejecutiva si el crédito está integrado en un título que lleva aparejada ejecución; en el supuesto de autos el fiador no había abonado totalmente el préstamo sino algunas cuotas del mismo, por lo que la vía ejecutiva, en cuanto al resto de la suma adeudada, seguiría estando reservada a la entidad bancaria** que es la que aparece como acreedora en el título y, por tanto, quien, *a priori*, tendría legitimación para instar un procedimiento ejecutivo, al menos hasta que no se abone la totalidad de la cantidad debida; circunstancia (abono total de la deuda) que, en tanto no acontezca, determina también que los fiadores sigan siendo deudores, en su condición de fiadores, por la parte pendiente de pago; de ahí lo improcedente de que se admita una demanda de ejecución interpuesta por ellos.

<sup>85</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E "Fianza: acciones de regreso y subrogación". *Tratado de los Derechos de Garantía* (Tomo I). Editorial Aranzadi, S.A.U., Diciembre de 2008. [BIB 2008\3130](#). Estos autores también ponen de manifiesto que si la deuda se satisfizo por medio de una dación en pago, cabe regreso por el total de la deuda, no por el valor superior o inferior del bien dado en pago, salvo que quepa presumir que la dación

de cumplimiento del crédito a costa del fiador, además de confusión o dación en pago, o incluso compensación de un crédito propio, no del propio deudor (art. 1197 CC), aunque no es posible el ejercicio de la acción cuando el acreedor condona la deuda garantizada, aun cuando lo haya hecho en consideración a la persona del fiador. El hecho de que la cantidad pagada por el fiador sea superior a la responsabilidad hipotecaria de la finca de la hipotecada, es irrelevante, pues al margen de la responsabilidad hipotecaria, están obligados a responder de la totalidad del préstamo<sup>86</sup>.

Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago (art. 1840 CC). **El fiador no tendrá acción de regreso ni la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor cuando haya pagado sin ponerlo en conocimiento del deudor, y este, ignorando el pago, también haya pagado.** En este caso el fiador solo se podrá dirigir contra el acreedor que al cobrarse por duplicado se ha enriquecido injustamente (art. 1842 del CC).

La acción de reembolso y la subrogación, si bien con el mismo fin, son distintas y sus diferencias radican en que con el *derecho de reembolso* (art. 1838 CC) se concede al fiador, que ha pagado, un derecho nuevo y propio de ser indemnizado por los perjuicios que le ha generado el pago y cuya extensión fija el propio precepto, de manera que el derecho de crédito del fiador, que ejerce la acción de reembolso, nace en el momento que efectúa el pago, que es lo que origina su derecho a ser indemnizado; por el contrario, el *derecho de subrogación* comporta la simple transmisión del derecho que el acreedor inicial ostentaba frente al deudor con sus accesorios y en particular, garantías, preferencias y privilegios, salvo los personalísimos. En consecuencia, a diferencia del derecho de reembolso, el derecho de subrogación no concede al fiador subrogado un derecho nuevo y propio sino que simplemente le transmite el derecho preexistente<sup>87</sup>.

La subrogación en la posición del deudor se regula en el art. 1839 del CC, conforme al cual el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, lo que supone que se transfiere a quien se subroga el crédito con todos los derechos a él anexos y si la deuda era solidaria podrá reclamar frente a cualquiera de los deudores<sup>88</sup>.

La acción de reembolso se regula en el art. 1838 del CC, conforme al cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este aun cuando la fianza se haya constituido ignorándolo el deudor, comprendiendo dicha indemnización: la cantidad total de la deuda (*rectius* la cantidad que haya abonado el fiador), los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor (aunque no produjese la deuda intereses para el acreedor), los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago, así como los daños y perjuicios, cuando procedan.

Nuestros tribunales entienden que **se puede incluir dentro del concepto de daños y perjuicios, los gastos de Registro y Notaria derivado de la constitución de un préstamo hipotecario constituido por el fiador para poder atender a la reclamación del acreedor**<sup>89</sup> aunque estos gastos no se podrán reclamar de los demás fiadores

---

esconde una condonación parcial simulada, y respecto de la transacción, a pesar de que el art. 1839. II CC establece que “*si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado*”, el deudor tendrá que abonar por entero la deuda original si la remisión parcial que supuso la transacción se compensó con contraprestaciones tangibles y mensurables que el fiador asumió frente al acreedor, siendo además abonables los gastos contraídos para negociar un acuerdo razonable con el acreedor.

<sup>86</sup> AP de Barcelona, Sección 16ª, Sentencia 243/2009 de 7 May. 2009, Rec. 188/2008.

<sup>87</sup> AP de Zamora, Sentencia 233/2009 de 25 Sep. 2009, Rec. 207/2009.

<sup>88</sup> AP de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 248/2007 de 16 May. 2007, Rec. 371/2006.

<sup>89</sup> AP de Zamora, Sentencia 233/2009 de 25 Sep. 2009, Rec. 207/2009: “*Sin embargo, si entra dentro del concepto de daños y perjuicios, los gastos de Registro y Notaria derivado de la constitución del préstamo hipotecario que constituyó para poder atender a la*

solidarios, pues las distintas partidas que conforman la "indemnización" a la que se refiere el art. 1.838 del CC, solo son reclamables a los deudores principales, no a los cofiadores<sup>90</sup>.

**La acción de regreso también la puede ejercitar el cónyuge del garante siempre que el pago se haya realizado con bienes o dinero gananciales**, pues la reclamación constituye un acto de gestión, que corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, como previene el art. 1375 CC, por lo que cualquiera de ellos puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes (art. 1385. 2 CC)<sup>91</sup>.

**El fiador puede reclamar contra los deudores, sin que estos puedan oponerle sus relaciones internas**; así, la Audiencia Provincial de Guadalajara, en Sentencia 239/2017 de 21 Dic. 2017, Rec. 270/2017 declara que habiéndose divorciado los deudores y acordando en el auto de medidas la exclusión a uno de ellos del abono de la cuota de la hipoteca, **dado que el fiador tiene la consideración de tercero en el proceso matrimonial, no le afectan las relaciones internas entre ambos deudores, puesto que no le son oponibles**, toda vez que frente a acreedor y fiador, uno y otro cónyuge habrán de atender el pago de la cuota mensual en idéntica proporción<sup>92</sup>.

---

*reclamación de Caja Rural por la deuda derivada de la póliza de préstamo, resultando acreditado que el 18/5/06, constituyó nuevo préstamo, nº NUM008, por importe de 50.000€, que se abona en la cuenta, nº NUM001, cuya titular es la hoy recurrente (f. 95 y ss.), donde se cargan los gastos de Notaría (449,93€) y del Registro de la Propiedad de Toro (157,48€), por un importe total de 607,41€, cuya mitad, 303,70€ se reclaman en esta alzada, por lo que el motivo debe estimarse parcialmente”.*

<sup>90</sup> AP de Cantabria, Sección 4ª, Sentencia núm. 670/2001 de 9 noviembre (JUR\2002\19865): *“Llegados a este punto, y establecidos, sin controversia, los presupuestos factuales básicos de la contienda, cuya iteración ahora no es necesaria, debe decirse, en primer lugar, y en contra de lo sostenido en la sentencia apelada, que los gastos dimanantes del préstamo con garantía hipotecaria concertado por los actores, como fiadores solidarios de los deudores principales, de ninguna manera deben formar parte integrante de la indemnización" (o recuperación dineraria) exigible a los demandados, también fiadores solidarios; pues las distintas partidas que conforman aquella " indemnización", según el art. 1.838 del C. Civil, son reclamables respecto de los deudores principales, no respecto de los demás fiadores, ya que los efectos de la fianza entre los cofiadores vienen regulados en los arts. 1.844 y sgs del propio Código; y, así, si, como ocurre en el caso, el pago de la deuda principal fue hecho efectivo por dos cofiadores, pueden éstos, válidamente, reclamar a los otros dos la mitad de la cantidad pagada, porque de lo que realmente se trata es de la recuperación de un pago hecho a nombre ajeno, es decir, un pago de aquellos a que se refiere el art. 1.158 del C. Civil, sin inclusión de los posibles, o eventuales, desembolsos que tuvieron que llevar a cabo quienes pagaron con el fin de obtener el dinero con qué hacerlo; desembolsos, tales, cuya satisfacción, por vía indemnizatoria, o de recuperación, será a cargo de los deudores principales”.*

<sup>91</sup> Cfr. ARIJA SOUTULLO , C. “Transmisión hereditaria de la fianza”. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. III, núm. 1 (enero-marzo, 2016) Pág. 42.

<sup>92</sup> AP de Guadalajara, Sentencia 239/2017 de 21 Dic. 2017, Rec. 270/2017: *“Por otra parte, ninguna exoneración de la obligación del pago de la cuota hipotecaria puede ser opuesta a los fiadores. La jurisprudencia ha excluido del concepto de cargas del matrimonio la hipoteca que grava el inmueble propiedad de la sociedad de gananciales o privativo de los cónyuges, aunque constituya la vivienda familiar, de tal manera que el pago de las cuotas del préstamo garantizado con hipoteca incumbe a quien formalizó la operación y adquirió el dominio sobre el inmueble, de tal suerte que, si ambos adquirieron en proindiviso bajo el régimen económico de separación de bienes y suscribieron el préstamo hipotecario la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad, y frente a las demás partes en el contrato (acreedor y fiadores), uno y otro habrán de atender el pago de la cuota mensual en idéntica proporción, no afectándoles las relaciones internas entre ambos deudores, ya que no les son oponibles. En consecuencia, la medida adoptada en el auto de medidas provisionales nº 9/2010 de 27 de septiembre de 2010, en cuanto excluía a la demandada del abono de la cuota del préstamo hipotecario, no era oponible frente a terceros, teniendo tal consideración los fiadores y el acreedor, pues ante ellos ambos deudores eran los obligados al pago de las cuotas”.*

**El plazo de prescripción para que el fiador reclame al deudor es el de cinco años de las obligaciones personales previsto en el art. 1964 del CC contado desde que el fiador pagó al acreedor.**

El art. 1841 del CC establece que: "*Si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que venza el plazo*", pero el precepto parece orientado al pago anticipado de deudas cuya obligación no es exigible aún, es decir deudas con plazo de vencimiento único, lo que no ocurre en el caso de préstamo hipotecario, que se trata de una deuda de tracto sucesivo, de manera que se producen tantos vencimientos de la deuda como cuotas de amortización resulten impagadas en las fechas pactadas para su pago, (normalmente cuotas mensuales)<sup>93</sup>. En este caso, **el fiador no debe esperar al vencimiento del préstamo o a que venza anticipadamente para ejercitar la acción de regreso cuando hubiera satisfecho cuotas del préstamo hipotecario vencidas y que no fueron abonadas por el deudor principal**<sup>94</sup>.

La Audiencia Provincial de La Rioja, en la Sentencia 221/2018 de 25 Jun. 2018, Rec. 204/2017, conoce de un supuesto en que el fiador ejercita la acción del art. 1838 del CC, pero en un caso en que no alegaba haber cumplido con las obligaciones derivadas del afianzamiento personal, es decir, no alegaba que la entidad bancaria ejecutante le hubiese reclamado la cantidad adeudada y la hubiese abonado con la finalidad de no perder el que era su domicilio familiar, sino que, tras ser adjudicada la vivienda en la ejecución a la entidad bancaria ejecutante, por el interés que tenía derivado de que el inmueble constituía su domicilio familiar y el de su hijo menor de edad, se la recompró a esta y, en consecuencia, reclamaba al deudor del préstamo hipotecario el importe de la compra y gastos. La AP estimó la reclamación formulada, al considerar que todos estos gastos eran consecuencia del préstamo hipotecario en el que ella aparecía como fiadora<sup>95</sup>.

#### *b.- Acción de reintegro*

El cofiador que ha pagado parte de la deuda, **aunque no haya abonado la totalidad, ni la cuota que le podría corresponder en la distribución interna entre los cofiadores, tiene derecho a reclamar al resto de los cofiadores la parte de la deuda que a estos les corresponda del pago parcial realizado**<sup>96</sup>. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción (art. 1844 del CC).

**Para el ejercicio del derecho de reintegro contra los cofiadores no es requisito *sine qua non* la previa reclamación contra el deudor.** El fiador puede ejercitar el ejercicio acumulado de las acciones contra el deudor y los cofiadores, en forma alternativa o subsidiaria, sin superar nunca la suma acreedora, ya que la acción de regreso del art. 1844 CC es independiente de las que corresponden al fiador frente al deudor (arts. 1838 y 1839 CC)<sup>253</sup>

**En las relaciones internas de los cofiadores no rige la solidaridad, aun cuando respondan solidariamente frente al acreedor**<sup>97</sup>, resultando de aplicación lo dispuesto en el art. 1138 del CC, es decir, que la deuda se presume dividida en partes iguales, naciendo este derecho de crédito *ex novo* como consecuencia de dicho pago dada la

<sup>93</sup> AP de Almería, Sección 1ª, Sentencia 178/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 251/2017.

<sup>94</sup> AP de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 24/2007 de 23 Ene. 2007, Rec. 448/2006.

<sup>95</sup> En similares términos: STS, Sala 1ª, de 24 de Julio de 1996.

<sup>96</sup> AP de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia núm. 59/2017 de 1 febrero (AC\2017\828).

<sup>97</sup> Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 145/2019 de 9 May. 2019, Rec. 25/2019: "*Al igual que en el caso del Art. 1145 del Cc, de varios deudores solidarios, internamente la deuda entre los cofiadores es mancomunada y no solidaria y, de acuerdo con el citado precepto y el Art. 1838 del Cc, ha de comprender los intereses y gastos*".

En similares términos: Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, Sentencia 178/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 251/2017.



necesidad de evitar un enriquecimiento injusto a los cofiadores que no hicieron frente al cumplimiento de su obligación <sup>98</sup>. Ello es producto de la norma general de mancomunidad que establece el citado art. 1138 CC que contiene la presunción de división de los créditos o las deudas, salvo pacto en contrario, en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya<sup>99</sup>.

El art. 1844 CC establece que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Para que pueda tener lugar esta disposición, según el párrafo tercero del art. 1844, es preciso que “*se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso*”. De todos modos, **nuestros tribunales efectúan una interpretación amplia del precepto, considerando que siempre que el pago por parte del cofiador no sea imprudente, prematuro, caprichoso, infundado o malicioso, sino que por el contrario beneficie a todos** (*lo que se aprecia cuando el mismo impide el devengo de intereses moratorios*), **cabe la acción de regreso**, por lo que no procede exigir el estricto cumplimiento del párrafo 3º del art. 1844<sup>100</sup>. No es viable la aplicación simplista del precepto por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la acreedora a la deudora principal y que esta no esté formalmente declarada en concurso<sup>101</sup>, pues la situación insolvencia del deudor principal, aún no declarada judicialmente, se asimila a los efectos del ejercicio de la acción de reintegro por el fiador que paga, a los casos de declaración de concurso<sup>102</sup>.

La *ratio essendi* del art. 1844.3 es evitar confabulaciones de algunos de los cofiadores en perjuicio de otros, por lo que siempre que el pago hecho por uno de los cofiadores, sin oponer el beneficio de división, no haya sido infundado, imprudente, prematuro o malicioso, el cofiador gozará del derecho de reintegro. **Además, en los supuestos de cofianza solidaria, ha de aplicarse el art. 1.145 CC<sup>103</sup> con preferencia al art. 1844. 3 del CC**, pues no reconocerlo así, aparte de implicar una infracción del art.1145 CC, supondría ir contra razones de justicia intrínseca<sup>104</sup>. El fiador que paga

---

<sup>98</sup> AP de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 97/2014 de 10 Mar. 2014, Rec. 915/2012 y Sección 14.ª, 251/2018, de 25 de julio, Recurso 133/2018 (SP/SENT/970994).

<sup>99</sup> SAP Madrid, Sec. 18.ª, 449/2017, de 22 de diciembre, Recurso 307/2017 (SP/SENT/939796): “*En definitiva, estando el préstamo vencido no cabe duda que el pago hecho por uno de los fiadores, que no es otra cosa lo ocurrido pues aun cuando formalmente el pago lo hace la deudora, en dicha situación de vencimiento de la deuda es beneficioso para los cofiadores, en el caso la demandada, pues es obvio que ante el impago del préstamo y el vencimiento del mismo la acreedora ejercitaría las acciones que a su derecho conviniere, y teniendo en cuenta la pérdida de valor de las garantías, se habría dirigido contra los fiadores, lo que ocasionaría gastos por intereses de demora aparte de los gastos propios de un procedimiento de ejecución, además por una cuantía importante, por lo que **no cabe ampararse en el párrafo 3º del art. 1844, recobrando plena virtualidad el art. 1145 del C.C**”, por lo que el recurso se estima y la sentencia se revoca”.*

<sup>100</sup> AP de Barcelona, Sección 13ª, Sentencia 53/2018 de 29 Ene. 2018, Rec. 1272/2016.

<sup>101</sup> AP de Málaga, Sección 5ª, Sentencia 495/2017 de 9 Oct. 2017, Rec. 248/2015.

<sup>102</sup> AP de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 97/2014 de 10 Mar. 2014, Rec. 915/2012.

<sup>103</sup> El art. 1145 CC establece que el que hizo el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

<sup>104</sup> STS. Sala de lo Civil, Sección: 1ª, de 20 de abril de 2005, Nº de Recurso: 4372/1998, Nº de Resolución: 252/2005: “*Debe tenerse en cuenta que la regulación de la fianza que contiene el Título XIV del Libro IV del Código Civil, según resulta de su artículo 1822, segundo párrafo, se refiere casi exclusivamente a aquellos supuestos en que el fiador no se ha obligado solidariamente con el deudor, pues si se ha pactado tal solidaridad la citada ordena que se observe lo dispuesto para las obligaciones de tal naturaleza (Sección cuarta, capítulo 3º, Título 1º del mismo Libro Cuarto). Tan es así que únicamente se refieren a la fianza solidaria -además del precepto que acaba de mencionarse el artículo 1831.2º y el 1852.*”

puede ejercitar frente a los cofiadores una acción de reintegro que, en el caso de que la fianza sea solidaria, no es más que una aplicación de la regla general de solidaridad en aras de evitar situaciones de enriquecimiento.

---

*En tal contexto y dado que en la póliza en que se documentó el préstamo de litigio se ha pactado la solidaridad de los fiadores no puede entenderse que la disposición aplicable a la reclamación de intereses que nos ocupa sea la del primera párrafo del artículo 1.100, ni tampoco cabe referirse al artículo 1844 (pues éste, como los demás que integran el Título XIV, con las excepciones ya mencionadas, no contiene el régimen a que están sujetas las fianzas solidarias), sino que ha de acudirse a lo prevenido en el artículo 1145, como con acierto se establece en las sentencias de instancia”.*

En similares términos: AAPP de Madrid, Sección 18ª, Sentencia 449/2017 de 22 Dic. 2017, Rec. 307/2017; Barcelona, Sección 13ª, Sentencia 53/2018 de 29 Ene. 2018, Rec. 1272/2016; Barcelona, Sección 13ª, Sentencia 246/2019 de 29 Mar. 2019, Rec. 1519/2016.