

Status Quaestionis sobre el fundamento del art. 1849 CC, y su diversa
repercusión práctica
Comentario a la Sentencia del TS de 30 septiembre 2010
(RJ 2010, 7298)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

Resumen: Existiendo una deuda que estaba asegurada por dos fiadores solidarios, en el caso se termina estimando la fianza extinguida por el pago hecho por el deudor al acreedor (ex art. 1847 CC), habiéndose entendido como tal cumplimiento la dación en pago hecha en convenio alcanzado en expediente de quiebra al que se adhirió el acreedor con su voto favorable y que suponía que quedaban saldados y finiquitados los créditos contra el quebrado, y con él la fianza solidaria por aplicación del art. 1849 CC.

Palabras claves: FIANZA, EXTINCION, DACION EN PAGO, NOVACIÓN.

Abstract: Being a debt that was guaranteed by two cosureties in solido, in this case it is considered that the bond has been extinguished by the payment made by the debtor to the creditor (ex Art. 1847 CC), being considered such completion the dation in payment made in agreement reached in statement of bankruptcy to which the creditor adhered through his affirmative vote and that implied that legal claims against the broken were settled and closed, and with it the cosurety in solido according to the art. 1849 CC.

Keywords: BAIL, EXTINGUISHING, RECOMMENDATION IN PAYMENT, NOVATION.

Civil

Ponente: *Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller*

FIANZA: EXTINCION: se extingue por el pago hecho por el deudor al acreedor. Se entiende por tal la dación en pago hecha en convenio alcanzado en expediente de quiebra al que se adhirió el acreedor con su voto favorable y que suponía que quedaban saldados y finiquitados los créditos contra el quebrado.

Disposiciones estudiadas: CC., arts. 1847 y 1849.

Sentencias citadas: Sentencias del TS de 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4343), 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109), 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4957).

ANTECEDENTES DE HECHO

Existiendo una deuda que estaba asegurada por dos fiadores solidarios, interpusieron éstos una demanda contra el acreedor instando la extinción de sus fianzas por el pago hecho por el deudor, entendiéndose por tal la dación en pago hecha en convenio alcanzado en expediente de quiebra al que se adhirió el acreedor con su voto favorable y que suponía que quedaban saldados y finiquitados los créditos contra el quebrado.

El JPI desestima la demanda. Los fiadores apelan,

y la AP también desestima la apelación. Finalmente, interpuesto recurso por tales fiadores, el TS declaraba haber lugar al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«SEGUNDO:

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 1847 y 1849 del CC, en relación con el 1156.1 del mismo Código.(...) Entiende la parte recurrente que se ha extinguido por pago la

obligación principal ya que la acreedora Banco Español de Crédito S.A., mediante su voto a favor del convenio alcanzado en la quiebra de Ingeniería y Montajes Insular S.A., dio por saldado y finiquitado su crédito mediante la dación en pago efectuada por esta última de todos los créditos que ostentaba frente a terceros. De este modo la aplicación de los artículos 1847 y 1849 del Código Civil determinaría la liberación de los fiadores por extinción de la fianza.

El motivo ha de ser estimado... La sentencia de esta Sala de 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4057), con cita de la de 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109), señala que la

obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones y la dación en pago es una forma de extinguir la obligación, mientras que la de 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4343), alude a que el convenio aprobado judicialmente refleja una «*datio in solutum*», con renuncia al resto no cubierto por los bienes adjudicados «*in valorem*» o «*in genere*» –como sucede en este caso en que los acreedores dan «por saldados y finiquitados sus créditos»– lo que supone pago del crédito con exoneración de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, de los fiadores»

SUMARIO

- I. La extinción de la fianza por la dación en pago hecha por el deudor a favor del acreedor: el dilema teórico que suscita el art. 1849 CC, y su relevancia práctica
- II. Pretendidos fundamento técnico y de política legislativa, del art. 1849 CC, y su consiguiente excepcionalidad: el carácter restrictivo de la fianza, la eficacia relativa de los contratos y, sobre todo, el «favor fideiussoris» ante el presumido peligro de insolvencia sobrevenida, tras la evicción de la cosa dada en pago, del deudor
 1. Fundamento del art. 1849 CC, según sus más remotos precedentes, en las explicaciones de POTHIER y de DOMAT
 2. Repercusión práctica de dicha explicación sobre el art. 1849 CC: como norma excepcional, de interpretación restrictiva, no aplicable por analogía. En tal practicidad, nuestra primera objeción a esta explicación del art. 1849 CC
 3. Nuestra objeción al –pretendido– fundamento, técnico y de política legislativa, del art. 1849 CC: al primero por no abocar a la extinción de la fianza, y al segundo por responder al precedente más pretérito de la norma, olvidado el más inmediato o cercano a la gestación del art. 1849, en contraste con otras normas, como el art. 1851 CC, claramente fundadas en proteger al fiador ante el riesgo de insolvencia sobrevenida del deudor.
- III. El probable fundamento técnico de la dación en pago del art. 1849 CC en la novación extintiva de la deuda afianzada y en la accesoriedad de la fianza
 1. Fundamento del art. 1849 CC, según sus más próximos precedentes, en las explicaciones de los tribunos franceses que acoge nuestro García Goyena.
 2. Repercusión práctica de dicha explicación sobre el art. 1849 CC: como norma general (e innecesaria por redundante), de interpretación amplia y aplicable por analogía

COMENTARIO

I. La extinción de la fianza por la dación en pago hecha por el deudor a favor del acreedor: el dilema teórico que suscita el art. 1849 CC, y su relevancia práctica

En el caso de la STS de 30 septiembre 2010 (RJ 2010, 347604), que aquí se va a comentar, existía una fianza solidaria que finalmente el TS terminó estimando como extinguida por el pago hecho por el deudor al acreedor (*ex* art. 1847 CC), al entender como tal cumplimiento la dación en pago hecha en convenio alcanzado en expediente de quiebra al que se adhirió el acreedor con su voto favorable y que suponía que quedaban saldados y finiquitados los créditos contra el quebrado, y con él la fianza solidaria por aplicación del art. 1849 CC, que dispone: «*si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*».

No hace con tal doctrina esta STS sino secundar una jurisprudencia ya consolidada desde hace tiempo, en la que, curiosamente, la mayoría de los casos en que el art. 1849 CC tiene aplicación se refiere también a dación en pago hecha como consecuencia de un procedimiento concursal. La STS de 30 septiembre 2010 (RJ 2010, 7298), que comentamos, se refiere a la STS de 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4343), pero hay otras, fundamentando de igual modo el art. 1849 CC, como son las SSTS de 3 enero 1977 (RJ 1977, 1), 14 septiembre 1987 (RJ 1987, 6048), 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109) y 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4057) –citadas ambas por la que comentamos–, o la de 27 noviembre 1993 (RJ 1993, 8357). Aclaraba la de 1991 que para aplicar el art. 1849 CC la dación debía ser hecha por el deudor; por eso, en el caso «la alegada infracción por su inaplicación del

art. 1849 del CC... ha de ser rechazada ya que el supuesto contemplado por el precepto es el relativo a la dación en pago concertada entre el acreedor y el deudor principal, quedando fuera de su ámbito la dación en pago aceptada por el acreedor y ofrecida por el fiador, en cuyo caso esa «datio in solutum» queda sometida a las reglas propias que la regulan como institución general, siendo este último supuesto el que se ha planteado en el presente litigio en que el bien inmueble ofrecido en pago y aceptado por el acreedor era propiedad de los fiadores».

De admitirse tal enfoque, la explicación del 1849 CC resulta, en efecto, muy sencilla: si la dación en pago hecha por el deudor al acreedor implica la novación extintiva de la deuda principal, la asegurada, lógicamente, por su accesoriedad, también habrá de extinguirse su fianza por aplicación del art. 1847 CC. Pero de ser ello así, ¿qué añade el art. 1849 CC a normas generales como son los arts. 1204 y 1207 CC; o que añade al art. 1847 CC, más en particular? Tal interrogante se agudiza cuando, como prevé la propia norma, el acreedor pierde el bien aceptado por evicción. En tal caso, como explicaba hace poco LAUROBA LACASA (comentando aquella STS de 25 mayo 1999, en CCJC, p. 1163), «el precepto intenta fijar la posición del fiador ante un cumplimiento por parte del deudor principal que *a posteriori* resulta insatisfactorio. En ese caso, ¿“renace” la obligación originaria –o se estima que ni siquiera se ha extinguido válidamente y que por tanto se mantiene– o surge una obligación *ex novo* vinculada al deber de saneamiento respecto del nuevo objeto?». Nuestra jurisprudencia, y con ella buena parte de nuestra doctrina que la secunda y enriquece, parece inclinarse por la segunda opción, pero también hay otra parte de nuestra doctrina que se inclina por la primera, fundándose en la justificación que de aquella se daba en la tradición francesa, explicada y justificada por boca de POTHIER y de DOMAT, proponiéndola como la solución más justa y que finalmente adoptaría el art. 2038 del CC francés, y con él nuestro art. 1849 CC, aunque, curiosamente, dándose oficialmente y desde un principio para éstos la explicación luego acogida por nuestra jurisprudencia.

Existiendo, por tanto, dos explicaciones distintas para justificar una misma solución (o dos caminos que conducen a igual meta), parece imprescindible la exposición de una y otra, máxime cuando la repercusión práctica de ambas varían entre sí (pues cada camino presenta sus propias veredas).

Conviene, no obstante, antes de entrar en todo ello, advertir que el art. 1849 CC es en sí de difícil interpretación porque en él subyacen cuestiones de suyo complejas, que escapan a un comentario jurisprudencial, como son la dación en pago y la novación (sirviendo en este punto el art. 1849 CC bien para aceptar, o bien para negar que la dación en pago es novación extintiva, o incluso modificativa según algunos); e incluso subyace en él la distinción entre contratos consensuales y reales (como creía JORDANO BAREA), según la explicación que se quiera dar a la expresión «*acceptar*» del art. 1849 CC (para referirla al pacto, a la oferta, o a la entrega del bien dado en pago). Sin la posibilidad, ni la necesidad, de abordar aquí todas estas cuestiones (para cuya visión panorámica, especialmente de nuestra jurisprudencia, conviene leer, entre otros, a ALBALADEJO GARCÍA: «La dación en pago», en los Cuadernos del CGPJ, 1996, pp. 423-470, y en RDP, 1997, pp. 902-916), en este comentario –a diferencia de otros también hechos para esta misma revista– sólo pretendemos exponer aquellas dos posiciones habidas en torno al art. 1849 CC, tal vez aportando algún argumento para inclinar la balanza a favor de una de ellas, y sobre todo, eso sí, relucir la relevancia práctica –que la tiene– del dilema. Porque según se trate de una u otra justificación, resultará que el art. 1849 CC se configura ora como norma general, innecesaria en el fondo, que por ser norma común puede interpretarse ampliamente y aplicarse por analogía, o bien como una norma, por el contrario, excepcional, e imprescindible en su expresa previsión, que, sin embargo, por su singularidad ha de ser interpretada restrictivamente sin que sea posible su expansión a través de la analogía (art. 4.2 CC). Como cuestión adicional, sea cual sea la ratio que se predique del art. 1849 CC, se añade la de la posible exclusión voluntaria de tal precepto, o lo que es igual: la cuestión de si el fiador, en beneficio del acreedor, puede o no renunciar a lo que el art. 1849 CC le ofrece a su favor.

II. Pretendidos fundamento técnico y de política legislativa, del art. 1849 CC, y su consiguiente excepcionalidad: el carácter restrictivo de la fianza, la eficacia relativa de los contratos y, sobre todo, el «favor fideiussoris» ante el presumido peligro de insolvencia sobrevenida, tras la evicción de la cosa dada en pago, del deudor

1. Fundamento del art. 1849 CC, según sus más remotos precedentes, en las explicaciones de POTHIER y de DOMAT

Aunque pudiera verse algún precedente romano (como en el D. 17.1.59.4, de ULPiano, que,

no obstante, se refiere al mandato, o en el D. 46.1.60, de SCAEVOLA, que, sin embargo, se refiere expresamente a la novación, sin hablar de dación en pago), y sin ninguno patrio sin duda, la solución que hoy consagra nuestro art. 1849 CC, como hacen otros Códigos (con sus peculiaridades el portugués), fue ya acogida entre nosotros, con idéntica redacción a la actual, en el art. 1763 del Proyecto de CC de 1851 (y antes por el art. 1831.7º Proyecto CC-1836) –en ambos casos– por influencia francesa (de su excesivo afrancesamiento, en expresión crítica de MALUQUET VILADOT hecha mientras se discutía nuestro CC en el Parlamento), acogiéndose lo que ya desde 1805 decía el art. 2038 de su *Code*: «*L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé*».

Con esa norma el CC francés recogía la solución que tiempo antes defendieron autores como POTHIER (en su *Tratado de obligaciones*, trad., Buenos Aires, pp. 261 y 262; y en sus *Obras completas*, II, pp. 218 y 219); y DOMAT (*Loix civiles*, III, 7, 6.), a quienes luego seguirán otros, para justificar ya entonces el art. 2038 francés. Conforme al Derecho romano y a la tradición antigua francesa, de tinte romanista, entendían en general POTHIER y DOMAT que la dación en pago era *pro solvendo*, que no implicaba automáticamente novación extintiva de la deuda por cambio de objeto hasta que el acreedor adquiriera definitivamente la propiedad de la cosa dada en pago. Hasta entonces, el acreedor ostentaba un dominio de la cosa dada sometido a condición resolutoria o a revocación, y del pago de la deuda podía decirse un tanto de lo mismo. Por eso, si el acreedor llegaba a perder la cosa por evicción, quedaba resuelta la dación siendo nulo el pago, de modo que la deuda aún existía y con ella, lógicamente por su accesoriedad, su garantía. Pero vieron POTHIER y DOMAT que por razones de equidad («*Nemo ex alterius facto prae gravari debet*», nos recuerda aquél) el fiador debía quedar libre en caso de evicción, que la fianza, aunque por principio debía subsistir, debía como justa excepción extinguirse: primero, porque un acuerdo celebrado entre acreedor y deudor, como sería la dación en pago, no debe afectar al fiador; y, segundo, por el riesgo para el fiador de la posible posterior insolvencia del deudor una vez anulada la dación en pago.

Decía, literalmente, POTHIER (pp. 261 y 262): «Cuando el acreedor ha recibido voluntariamente del deudor alguna heredad en pago de una suma de dinero que le es debida, ¿la caución queda liberada aunque mucho después, sufra evicción por esta heredad? La razón de la duda está en que el pago no es en este caso válido, no habiendo transferido a aquel a quien ha sido hecho la propiedad de la cosa.(...) Por consiguiente, la obligación principal subsiste; de donde parece seguirse que la de las cauciones debe subsistir. BASSET inserta una sentencia de su parlamento que así lo dispuso. No obstante estas razones, y aunque no se puede negar que el pago en este caso no es válido, y que la obligación principal subsiste, ha sido juzgado así por las sentencias reproducidas por BESNAGE (*Tratado de las hipotecas*, p. II, cap. fin.) que el acreedor fuera en este caso no recibibile a cobrar contra las cauciones, si durante ese tiempo el deudor principal hubiese resultado insolvente. La decisión de tales sentencias se funda sobre esta regla de equidad que *Nemo ex alterius facto praegravari debet*.(...) La caución no debe sufrir perjuicio por arreglo alguno que haya intervenido entre el acreedor y el deudor principal. Ahora bien, si en este ejemplo el arrendador fuese recibido a obrar contra la caución, habría sufrido perjuicio del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor, por este arreglo, ha quitado el medio a la caución de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable».

Es esta, no en vano, para muchos la explicación que ha de darse del art. 2038 CC francés, o de nuestro 1849 CC, como norma fundada, genéricamente, en la equidad, o más concretamente en el *favor fideiussoris*: así, en Francia, hace tiempo ya, LAURENT (*Principes de Droit Civil*, T. 28, Bruselas, 1878, pp. 282 ss.); TROPLONG (*Le Droit Civil expliqué*, Tomo 17: *Du cautionnement et des transactions*, Paris, 1846, pp. 531 y 532); y también, compaginándola con la otra justificación (que se verá), COLIN Y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV: *Garantías reales y personales*, trad. de RGLJ, con notas de D. DE BUEN, Madrid, 1923, p. 31); los MAZEAUD (*Lecciones de Derecho Civil*, Parte 3ª, vols. I y II: *Garantías*, trad., Buenos Aires, 1962, pp. 39 y 233); SIMLER Y DELEBECQUE (*Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3ª ed., Paris, 2000, p. 169). En España, ya hace tiempo ESCRICHE (en la voz «Fianza», p. 699), casi reproduciendo a POTHIER (aun sin citarlo); refiriéndose ya al art. 1849 CC, LACRUZ (en su *Manual*, p. 354), aunque por diversas razones; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, Tomo XXVIII: *Arts. 1790 a 1856*, Madrid, 1953, pp. 679 y 680); PÉREZ ÁLVAREZ (*Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 264); GUILARTE ZAPATERO (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,

Tomo XXIII: Arts. 1882 a 1886, dir. M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1979, p. 302-306); a quien siguen, precisamente para negar en general que la dación en pago implique novación extintiva, MARIN GARCÍA DE LEONARDO («Consideraciones sobre la dación en pago», en RCDI, 1987, pp. 1018-1020); y FÍNEZ RATÓN («La dación en pago», en ADC, 1995, pp. 1489 y ss.), quien habla reiteradamente de razones de política legislativa y, con GUILARTE, destaca la necesaria visión conjunta y sistemática o aunada de los arts. 1848 a 1852 CC, para ver en todas ellas unas normas excepcionales protectoras del fiador en su posible acción de reembolso o regreso ante la posible insolvencia sobrevenida –tras la prórroga, la dación,...– del deudor afianzado; y así lo cree también, últimamente, LAUROBA LACASA (en contra de la STS 25 mayo 1999, que comenta en CCJC, pp. 1162-1164).

Precisamente por esto último, tal interpretación y el propio art. 1849 CC son hoy fuertemente criticados por CARRASCO PERERA (y otros –CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ–: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002), porque finalmente se hace recaer el riesgo de insolvencia del deudor en el acreedor, cuando precisamente la fianza existía para eludir tal peligro.

2. *Repercusión práctica de dicha explicación sobre el art. 1849 CC: como norma excepcional, de interpretación restrictiva, no aplicable por analogía. En tal practicidad, nuestra primera objeción a esta explicación del art. 1849 CC*

Recientemente, tras defender la explicación antes expuesta, SIMLER y DELEBECQUE (p. 169), conclúan con la común opinión francesa actual que el art. 2038 CC francés, al ser norma derogatoria de las reglas generales sobre el pago, debe ser de interpretación estricta: sólo aplicable a la fianza y en caso de verdadera dación en pago. Entre nosotros, sin embargo, FÍNEZ RATÓN (pp. 1497 y 1498), aun reconociendo el carácter excepcional del art. 1849 CC, entiende aplicable tal norma a otros casos de ineficacia –originaria o sobrevenida– de la dación en pago diversos de la evicción (único contemplado en la letra del art. 1849 C y de su correlativo francés). Sólo reconoce (en p. 1503), con GUILARTE (p. 310), que el art. 1849 CC no resulta aplicable al caso de cesión de bienes del art. 1175 CC. Así lo entendió, según señala en nota, la STS de 14 septiembre 1987 (RJ 1987, 6048), pues en el caso, una vez interpretado el convenio aprobado en la suspensión de pagos, concluye que «fue una simple cesión de bienes “*pro solvendo*”, carente de los efectos liberatorios o extintivos de la obligación propios de la dación en pago o “*pro soluto*”». Del mismo modo cabría añadir el caso de las SSTs de 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4057) y 27 noviembre 2003 (RJ 2003, 8357), que sin adscribirse a esta explicación del art. 1849 CC (sino a la otra que veremos), niegan su aplicación al tratarse de la dación de letras de cambio en pago, entendiendo que no hubo pago en el caso que liberara al avalista al resultar aplicable el art. 1110.2º CC por tratarse de una cesión de letras para pago que, en los casos, no llegaron a buen fin. Lo mismo concluirá la STS de 26 septiembre 2006 (RJ 2006, 8637), donde se trataba de un pagaré, al decir que «no se puede hablar de una dación en pago aceptada por el acreedor, que produzca el efecto extintivo de la fianza por imperativo del artículo 1849 del CC, sino de un supuesto al que se le aplica el artículo 1170, párrafo 2º, del mismo cuerpo legal». Mas esto es así, para nosotros, cualquiera que sea el fundamento que se quiera dar al art. 1849 CC: si se admite que la estricta dación en pago es *pro soluto* (implicadora de novación extintiva, por tanto), la cesión de bienes o cualquier otro instrumento que no equivalga al pago será, en cambio, *pro solvendo*; y si se admite que el art. 1849 CC es norma excepcional, a lo anterior se añade este otro carácter que impide su interpretación extensiva.

Porque en nuestra opinión, en general, al margen de la razón –que tiene– FINEZ en aplicar el art. 1849 CC a otros casos de invalidez de la dación en pago, es aquella postura francesa la que estimamos acertada por ser la más coherente con la explicación adoptada acerca de su art. 2038 *Code*, haciendo que la norma sea singular, con todo lo que esto implica: no sólo su necesaria interpretación restrictiva, sino también la imposibilidad de su aplicación por analogía (art. 4.2 CC). En este sentido, vgr., con el ahorro de entrar a contrastar su opuesta naturaleza jurídica, queda zanjado que el art. 1849 CC, o su homólogo extranjero, no puede ser aplicado al tercero hipotecante, al hipotecante por deuda ajena (al mal llamado «fiador real»):

En Francia, sorprendentemente, LAURENT, tras decir (T. 28, pp. 282 y ss.) que el art. 2038 *Code* es norma excepcional fundada en razones de equidad, luego (T. 31, pp. 352 y 353), dice que tal norma sí es aplicable al hipotecante no deudor por fundarse en la accesoriedad. Entre nosotros, en lugar de apoyarse en la accesoriedad, INFANTE RUIZ (*Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 181), dirá que el art. 1849 CC es aplicable al «fiador real» porque tal norma se fundamenta

en un acuerdo relativo a la deuda celebrado exclusivamente entre acreedor y deudor; GUIARTE ZAPATERO (p. 310), por su parte, tras considerar la norma excepcional, sin embargo luego se limita a plantear sus dudas acerca de su aplicabilidad a cualquier garantía –real o personal– prestada por tercero, mas sin decantarse.

Sin hesitación y mostrándose congruente con su justificación, ya en Francia el propio DOMAT negó que aquella solución, privilegiada para el fiador, se aplicase al hipotecante por deuda ajena, de tal modo que la hipoteca debía seguir vigente; ya luego, parece que también PLANIOL (*Tratado elemental de Derecho Civil, vol. III: Contratos de garantía, privilegios e hipotecas*, trad., Méjico, 1948, p. 404); y claramente, TROPONG (IV, pp. 5 ss.), siguiendo a DOMAT, y defendiendo la reserva del rango de la hipoteca resucitada, salvo que hubiese sido cancelada su inscripción, en cuyo caso no se perdería la hipoteca, pero sí su rango; así también los MAZEAUD (II, p. 233). Y así, en España, FINEZ RATÓN (pp. 1501-1503).

En Italia, aunque en su día PALUMBO (*La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, 1937, pp. 40 y 41), creyera en igual solución para fiador y para hipotecante no deudor, no es tal la común opinión de la doctrina italiana por la sencilla razón de que antes los arts. 2031 y 2032 *Codice* –1865 y hoy el art. 2881 CC italiano– 1942 prevén expresamente que la extinción nula de la deuda hace permanecer la hipoteca, con su rango reservado, en tanto aún no haya sido cancelada. Dice, en efecto, el art. 2881 italiano: «*Salvo diversa disposizione di legge, se la causa estintiva dell'obbligazione è dichiarata nulla o altrimenti non sussiste ovvero è dichiarata nulla la rinuncia fatta dal creditore all'ipoteca, e l'iscrizione non è stata conservata, si può procedere a nuova iscrizione e questa prende grado dalla sua data*». Curiosamente, en Italia hoy ya no existe una norma correlativa a su antiguo art. 1929 (nuestro 1849), proponiendo por ello FRAGALI (en la voz: *Fideiussione [Diritto privato]*, en ED, T. XVII, pp. 382 y 383) que aquel art. 2881 vigente se aplique al fiador.

En nuestra opinión, de admitirse, con esta tesis, que en el art. 1849 CC la dación en pago que se prevé no implica novación extintiva de la deuda asegurada, al mantenerse ésta –o resucitada la misma, según algunos– para el caso de evicción, también se habrá de estimar por exigencias de accesoriadad que permanece –o que resurge, en el decir de algunos– la hipoteca sin extinguirse.

Por último, queda la cuestión de si es posible excluir voluntariamente la aplicación del art. 1849 CC; desde luego, la consentida por el propio fiador (cfr., art. 1835 CC); o lo es igual, si cabe o no la renuncia al privilegio, al favor –así concebido en esta justificación– del art. 1849 CC. A tal respecto, FINEZ RATÓN (p. 1501), admite «la hipótesis en que el acreedor condicione la dación a la renuncia del beneficio del art. 1849 CC, por el fiador o que éste haya renunciado previamente en el contrato de fianza. También cabe tener un tratamiento distinto cuando el mismo fiador ha consentido la dación. El fiador permanecerá obligado por la deuda principal y también, salvo que se haya convenido en contra, por la obligación procedente de la evicción. Por fin, tampoco entrará en juego el art. 1849 CC si la dación en pago estaba pactada en el mismo momento de constitución del crédito garantizado. Para el caso, la fianza se extiende a toda la relación obligatoria, salvo voluntad contraria. La garantía aseguraría tanto la prestación original como el cumplimiento de la otra y las consecuencias procedentes de la evicción de la cosa convenida por pago».

Por nuestra parte, sin quitarle razón ninguna a FINEZ, admitida la disponibilidad del art. 1849 CC, no cabe más que coincidir en negar, en efecto, que haya problema alguno en que se excluya o renuncie voluntariamente a su aplicación, porque, según la explicación que en esta posición se defiende acerca del art. 1849 CC, anulada la dación por evicción pervive la deuda principal y con ella su accesoria. Tampoco debería ser un obstáculo el que se trate de renunciar, aunque sea anticipadamente, a un privilegio, un favor que la ley concede al fiador. Mas no se olvide que para otros favores o privilegios, que lo son y que la Ley le otorga, expresamente en ella se prevé su posible renuncia (cfr., arts. 1831.1º y, por remisión, el art. 1837.II CC, sobre los beneficios de excusión y división); posibilidad ésta que no reconoce el art. 1849 CC; mas, ¿acaso no será, siguiendo esta explicación del art. 1849 CC, porque, en esa línea excepcionalmente tuitiva para con el fiador, la Ley no quiere que éste renuncie a tales prerrogativas?

3. Nuestra objeción al –pretendido– fundamento, técnico y de política legislativa, del art. 1849 CC: al primero por no abocar a la extinción de la fianza, y al segundo por responder al precedente más pretérito de la norma, olvidado el más inmediato o cercano a la gestación del art. 1849, en contraste con otras normas, como el art. 1851 CC, claramente fundadas en proteger al fiador ante el riesgo de insolvencia sobrevenida del deudor.

Por el principio *res inter alios acta*, en efecto, la evicción de la cosa dada en pago por el deudor al acreedor no llegará a alcanzar al garante, salvo que éste consienta. Pero, para tal consecuencia ya existe el art. 1835 CC, que sin duda se explica por la eficacia relativa de los contratos *ex art.* 1257 CC, a lo que se une que en general toda transacción sea de interpretación estrecha (cfr., arts. 1815.I, 1283 y 1713 CC). Así lo dejaba bien claro GARCÍA GOYENA (en sus *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español*, III, Madrid, 1852), al comentar el art. 1748 Proyecto CC-1851 (conservado tal cual en el actual 1835), «cuya equidad y justicia –decía– son evidentes por estar basados en los principios generales del Derecho», y se remitía a lo comentado sobre los arts. 1722 y 1724 (sobre transacción, siendo éste reiterativo del 1748), 1127 (el vigente 1197) y el 1138 (precedente, mucho mejor redactado, del vigente 1207). Decía aquel art. 1722: «*La transacción hecha por uno de los interesados, no perjudica ni aprovecha á los demas interesados*»; y en su comentario (IV, p. 133) decía GARCÍA GOYENA: «*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*», advirtiendo que «esto es común á todos los contratos: artículo 977», precedente del actual art. 1257 CC. Siendo, así, tan elemental el fundamento del vigente art. 1835 CC, para algunos, como CARRASCO PERERA (y otros, pp. 181 ss.), resulta innecesaria tal norma, ignorando que históricamente fue necesario dejar dicho lo contenido en él ante la disputa que, como nos cuenta POTHIER (II, p. 201), existió en Derecho romano acerca de si el fiador seguía obligado por el primer convenio o por el transaccional celebrado sólo entre deudor y acreedor. Todo porque el texto que se refería a tal cuestión parecía pensar en una novación transaccionada («*Non possunt conveniri fideiussoris liberato reo transactione*»; D. 46.1.68.2). Quedaba, así, claro con el art. 1835 CC que no subyacía una cuestión novatoria (como tampoco la hay, según esta primera explicación, en el art. 1849 CC). Ni siquiera la hay aunque el art. 1724 del Proyecto de CC de 1851 dijera que «*cuando haya fiador de las obligaciones sobre que se transige, se observará lo impuesto en el artículo 1748*», remitiéndose, además, en su comentario (IV, p. 134) al art. 1138 (sobre novación). No se remitía GOYENA a este último porque la transacción del 1748 (actual 1835) implicase siempre novación extintiva, como erróneamente en su momento creyó MANRESA Y NAVARRO (en sus *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII: Artículos 1790 a 1976, Madrid, 1907, p. 272), cuando puede serlo meramente modificativa (como cree hoy la común opinión); sino porque al igual que aquellos otros preceptos se inspiraba en la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, y no al revés (lo que justifica el 1835.I CC).

Por otra parte, y volviendo al art. 1849 CC, si su justificación –aunque sea colateral a la principal– radica, como la del art. 1835 CC, en el principio *res inter alios acta*, de suyo éste no obliga a que la garantía haya de extinguirse con la dación en pago dada por el deudor y aceptada por el acreedor, como así impone el 1849 CC, sino sólo que al no afectarle al garante tal dación, para él la deuda habría de estimarse ya vencida, principiando así el plazo de prescripción (de la acción personal) para reclamar su pago. Asimismo, si se fundamentara, como se pretende, el 1849 CC en la accesoriedad de la fianza y en su carácter restrictivo, ¿cómo se la puede estimar extinguida cuando la deuda principal, según la explicación de esta tesis, aún no se ha extinguido (cfr., art. 1826.II CC)? ¿O acaso no será porque sí se ha extinguido, por novación?

Tampoco parece que sea fundamento suficiente que justifique el art. 1849 CC el riesgo que para la acción de reembolso pueda suponer la posible insolvencia del deudor sobrevenida tras la dación en pago para el caso de evicción. Al margen de las explicaciones de POTHIER y de DOMAT, si nos acercamos a la gestación de nuestro CC, para así descubrir la verdadera intención de nuestro codificador, curiosamente aquella *ratio* sólo será empleada para justificar la singularidad de otra norma, no el art. 1849 CC: es el caso del art. 1851 CC, de suyo norma excepcional y además singular por divergir en su régimen del resto de Códigos de su tiempo, como el francés (sin duda también aquí influenciado por POTHIER), pero también frente al italiano de 1865, en los cuales la consecuencia de una de prórroga de la deuda principal incontestada por el fiador no era la liberación de la fianza, como hace nuestro 1851 CC, sino la posibilidad de que el fiador compeliere al deudor a pagar. Así, *a.e.*, según el art. 2039 CC francés: «*La simple prorrogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement*». Paradójicamente, la razón de tal originalidad estribará en aquella razón

protectora, no en la naturaleza necesariamente novatoria de la prórroga, que, sin embargo, fue la razón de los demás Códigos para adoptar su régimen diverso al nuestro. Es decir, que con el art. 1851 CC sucedería lo opuesto al art. 1849 CC.

Sin entrar, de momento, en el que ocupa nuestra atención (el art. 1849 CC), que la protección del fiador frente a la posible insolvencia sobrevinida del deudor una vez concedida a éste la prórroga sea la verdadera *ratio* del art. 1851 CC viene justificada por la gestación de dicha norma; al menos, así se deduce de GARCÍA GOYENA al justificar que el art. 1765 Proyecto CC-1851 (actual 1851 CC) se apartase de la solución (de cobertura o relevación, antes que de automática extinción) adoptada por los demás Códigos decimonónicos ante idéntico riesgo: en síntesis, éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura; nuestro CC, por el contrario, parece presumir casi *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevinida al ver siempre la prórroga como dañina o más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación o cobertura del 1843 CC. Nos lo explicaba G^a GOYENA del modo en que sigue:

Demostrando la solución del CC francés, anterior al nuestro, el mismo GARCÍA GOYENA (IV, p. 167, y, con AGUIRRE, en su *Febrero*, pp. 118 y 119), transcribía, traducidas, las explicaciones de los Tribunales CHABOT y LAHARY (cuya versión original puede verse en FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, reimpresión de la obra de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 59 y 88, respectivamente): «Dícese en apoyo del artículo francés: *La prórroga puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide compeler al deudor principal á pagar ó á libertarle de la fianza* (discurso 93 –de CHABOT–): pero en este caso no podrá proceder contra el acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto ó prórroga.(...) *Esta disposicion derogatoria del Derecho Romano parece á primera vista un tanto rigorosa contra el fiador, sobre todo si se reflexiona que el deudor puede venir durante la prórroga á estado de insolvencia, y que esta recaeria sobre el fiador sin haberla consentido. Pero si se considera que en el mismo artículo se reserva sabiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para forzarle al pago, impidiendo por este medio que le sea funesta la prórroga será preciso confesar que no hay en el artículo nada que no sea conforme con la razon, la justicia y la moral* (discurso 96 –de LAHARY–)». Ya antes del Code, así lo había defendido POTHIER (en su *Tratado de Obligaciones*, cit., p. 262, y en sus *Obras*, II, pp. 205 y 219), quien empezaba preguntándose: «*Quid*, si el acreedor hubiese simplemente concedido al deudor una prórroga de término por el pago, y que durante el tiempo de esta prórroga el deudor hubiese devenido insolvente, ¿la caución podría resistirse a pagar? VINNIO sostiene la negativa. Este caso es muy diferente del que antes hemos citado –¡el de la dación en pago!–. En el caso precedente, la dación dada en pago, habiendo hecho que hasta el tiempo de la evicción la deuda pareciera saldada, con tal arreglo ha quitado todo medio a la caución de proveer a la indemnización de su caución, aun en el caso en que hubiese apercibido que la fortuna del deudor que ha garantizado principiare a flojear; pues no puede pedir a ese deudor que le descargaba de su garantía, que pareciera saldado de la misma manera que la deuda principal, si uno apercibía que su fortuna principiaba a descomponerse»; y, precisamente, termina concluyendo: «La caución no puede, pues, pretender que esta prórroga de término concedido al deudor le haga daño, pues por lo contrario le aprovecha», en tanto que la percibe POTHIER como una gracia, o un respiro, que el acreedor concede al deudor y, por extensión, para tranquilidad del fiador también.

Y así lo creía, al principio, el propio GARCÍA GOYENA, con AGUIRRE, en su *Febrero* (IV, pp. 86 y 87), donde, tras decir que por su accesoriadad extinguida la deuda se extingue con ella la fianza, añadían: «Pero no queda libre el fiador con la prórroga que el acreedor conceda á su deudor, ya porque puede esta ser tan favorable al fiador como al deudor, y ya porque no impide al fiador mirar por su indemnizacion, y proceder contra el deudor principal si advierte que va á menos su caudal». Pero en sus *Concordancias* (IV), G^a GOYENA rectifica, y tras referirse a la justificación del art. 2039 CC francés (antes reproducida y tomada de él mismo), se preguntaba y respondía (p. 167): «¿Y no puede venir el deudor á insolvencia despues de la prórroga, pero antes que esta llegue á noticia del fiador? Podrá oponerse que este anduvo negligente en no averiguar si el deudor pagó: ¿pero no podrá haber negligencia ó malicia en el acreedor y deudor para no darle noticia? (...) Nosotros teniamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*»; pero después de afirmar esto, en seguida, tras dos puntos, añade: «vé lo espuesto –sic– en dicho artículo –1134– donde se dan los motivos y se hace referencia a éste». Y comentando ese

art. 1134 en su referencia al plazo, que asimilaba a la prórroga mencionada en el 1765 (1851), dirá (III, pp. 153 y 154): «La opinion casi uniforme de los Jurisconsultos mas autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis* (*non obligationis*) –¡decía!–, no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores, excepto aquello *in quo ex dilatione solutionis crevit obligatio*». Por tanto, ya el mismo GOYENA advertía que en la concesión de prórroga para pagar la deuda afianzada no hay novación extintiva, pues la prórroga no es de la obligación, sino del término o del plazo para pagar. Cierto es que así se deja bien claro en la letra del art. 2039 *Code*, donde se habla expresamente –como vimos arriba– de prórroga del *término de pago*; no sucede así en el nuestro, aunque en aquel supuesto pensara GOYENA, pudiendo entonces entenderse que el art. 1851 CC, que en su letra no hace distinción, sí la hace en su lógica, para sólo referirse a la prórroga del término *solutionis*.

Desmentido, así, que la razón de la extinción de la fianza por prórroga incontestada por el fiador sea la previa extinción por novación de la deuda afianzada, concluirá G^o GOYENA (III, pp. 153 y 154) su comentario al que será el actual art. 1851 CC, diciendo que en caso de prórroga «POTHIER... citando a VINIO, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la prórroga. Pero esta puede también perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condicion ó de fortuna. En mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide el plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpese á sí mismo: el artículo 1765 es una consecuencia de éste».

Todo lo contrario sucede con el art. 1849 CC, pues aunque coincida con el art. 1851 CC en su finalidad de proteger al fiador de la insolvencia del deudor, el fundamento y el mecanismo de protección en una y otra norma son distintos: en el art. 1851 CC se alcanza a través del privilegio. Porque, aunque fundada esta última norma en una razón general (como pudiera ser la equidad, o el *favor fideiussoris*), su excepcionalidad también estriba en su consecuencia: la liberación del fiador como protección ante un presumido riesgo, el de insolvencia del deudor, que, por principio, es la causa-función de la fianza como garantía para el acreedor. En el art. 1849 CC, en cambio, el medio para proteger al fiador será, al menos en la *mens legislatoris*, a través de la novación extintiva. Veámoslo.

III. El probable fundamento técnico de la dación en pago del art. 1849 CC en la novación extintiva de la deuda afianzada y en la accesoriedad de la fianza

1. Fundamento del art. 1849 CC, según sus más próximos precedentes, en las explicaciones de los tribunales franceses que acoge nuestro García Goyena.

Una explicación alternativa a la anterior, para justificar el art. 1849 CC, sería estimar que la obligación afianzada sí se ha extinguido y que ha sido suplida por una nueva; es decir, que la dación en pago a la que se refiere el art. 1849 implica novación extintiva: con tal norma se explica la extinción de la fianza por la dación en pago aun en caso de evicción, porque estimando que la dación en pago, a diferencia de la cesión para pago, es *pro soluto*, produce automáticamente la novación extintiva de la deuda por cambio de objeto, lógicamente, por su accesoriedad, también había de estimarse automáticamente extinguida la fianza, que en ningún caso –salvo por voluntad del propio fiador– resucitaba en caso de evicción por cuanto ésta, la evicción, hacía surgir una deuda nueva (la acción en garantía), diversa de la primitiva por fundarse en un título diverso, y que por dicha novedad no podía quedar garantida por aquella misma fianza dados su propia accesoriedad y carácter restrictivo (cfr., arts. 1826 y 1827.I CC).

Esta era, al menos, la *voluntas legislatoris* (de nuestro codificador y antes también del francés, y de otros), según el precedente más inmediato y cercano a la gestación de la solución codificada, que, en nuestra opinión, precisamente por su proximidad debe anteponerse a aquella otra anterior («*lex posterior...*»):

Ya en los trabajos parlamentarios acerca del art. 2038 CC francés (cuya traducción aquí tomamos de nuevo del propio GARCÍA GOYENA y de AGUIRRE, p. 118, cuyo texto original se encuentra en FENET, pp. 45, 49, 87 y 88), decía el Tribunal TREILHARD: «En fin, si el acreedor ha aceptado en pago un inmueble u otra cosa cualquiera, el fiador quede libre, aun cuando después se haya quitado al acreedor por la evicción la cosa que ha recibido. La obligación primitiva había quedado extinguida

por la aceptación del acreedor; la fianza como accesorio había cesado con aquélla: si con posterioridad el acreedor tiene aún acción por resultado de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera, y no la que el fiador había garantido». Y añadía el tribuno CHABOT: «También quede relevado el fiador cuando el acreedor ha aceptado en pago un inmueble u otro cualquier efecto, aunque después se le saque por la evicción: en este caso la obligación principal se encuentra extinguida por la novación». Y, por último, dirá el Tribuno LAHARY: «La aceptación de un inmueble que hace el acreedor en pago de la deuda, liberta igualmente al fiador, aunque sobrevenga evicción; el fiador no ha garantido sino la primera obligación, y como tengo dicho antes, no se puede extender la fianza más allá del objeto para que fue contraída».

Para nuestro art. 1849 CC, GARCÍA GOYENA (IV, p. 166), sobre su precedente (el art. 1763 Proyecto CC-1851), decía: «Estinguida –sic– la obligación primitiva por la aceptación del acreedor, se estingue también la fianza como accesorio; si el acreedor tiene después una acción resultante de la evicción que sufre, esta acción es enteramente diversa de la primera y no la que el fiador había garantido.(...) En este caso la obligación queda extinguida por la novación, ó, mejor dicho, por el pago que hizo el deudor principal».

Esta explicación del art. 1849 CC, o de su correlativo francés (el art. 2038 del *Code*), es seguida también hoy por muchos. Así, en Francia, BAUDRY-LACANTINERIE (*Traité théorique et pratique de Droit Civil, Tomo 24*, Paris, 1905, pp. 599 y ss.); PLANIOL (p. 33); BONNECASE (*Elementos de Derecho Civil, T. II: Derecho de las obligaciones, de los contratos y del crédito*, trad., Méjico, 1945, p. 586); COLIN Y CAPITANT (pp. 31 y 49); los hermanos MAZEAUD (1962, p. 38); JOSSERAND (*Derecho Civil, T. II, vol. II: Contratos*, trad., Buenos Aires, 1951, p. 425); DAGOT (*Les sûretes*, Paris, 1981, pp. 62 y 63). Y, entre nosotros, MANRESA (XII, pp. 349 y 350); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (en Enneccerus, p. 838); CASTÁN (en su *Manual*, p. 779); PUIG PEÑA (en su *Manual, T. III-2º*, p. 590); DE ROVIRA MOLA (en la voz: *Fianza*, en NEJ, T. IX, p. 706); PASCUAL ESTEVILL («La dación en pago», en RCDI, 1986, pp. 1126 y 1127); ALBALADEJO (en su *Manual, II-1º*, p. 157, y en los Cuadernos del CGPJ, pp. 461 y 462); Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II: Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 458 y 558).

Es también la que constituye doctrina oficial de nuestro Tribunal Supremo: tal vez la primera en decirlo fue la STS de 3 enero 1977 (RJ 1977, 1), que ante la pretensión del acreedor de que lo hecho por el deudor en la suspensión de pagos fue una cesión de bienes *pro solvendo* al amparo del art. 1175 CC, considera (en el 2º) que si bien tal interpretación del precepto es correcta, «no es de aplicación al caso concreto objeto de examen en que, utilizando la facultad de hacer otra cosa que el legislador permite cuando dice “salvo pacto en contrario”, el deudor cede los bienes y los acreedores los reciben no con la finalidad indicada, sino para hacer con ellos pago y liquidación definitiva y total de la deuda, como de manera clara e indubitada se afirma en el discutido convenio –de suspensión de pagos–, no susceptible de ser interpretado de otro modo como pretende el recurrente; lo que significa que se está en presencia no de una cesión de bienes propiamente dicha, sino de una auténtica dación en pago que bien se la califique como venta, o se la califique como novación, o se piense que se trata de un acto complejo, siempre estará regida en nuestro ordenamiento por las normas del contrato de compraventa –al carecer de reglas específicas pues sólo se encuentran alusiones a la figura en los arts. 1521, 1636 y 1849 del CC– en la que el crédito que con ella se satisface, adquiere la categoría de precio del bien o bienes entregados, siendo por tanto una verdadera cesión “*pro soluto*” con la que se transmite no la mera posesión sino la propiedad de aquéllos, produciendo además automáticamente la extinción de la primitiva obligación». Después vendrá, en efecto, la STS de 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4343), en la que interpretado «el convenio aprobado judicialmente –en la suspensión de pagos, concluye– la aceptación del pago verificado por “*datio in solutum*”», esto es, «un acto que suponiendo el pago del crédito, viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la satisfacción de la deuda (art. 1849 del CC)». A ella se unirán las SSTs de 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109), citando a ésta la de 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4057), afirmando que «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones –art. 1847 CC, y que– la dación en pago es una forma de extinguir la obligación –art. 1849 CC–». Y, finalmente, la STS de 30 septiembre 2010 (RJ 2010, 347604), que comentamos, vendrá a recordar que «la sentencia de esta Sala de 25 mayo 1999 (RJ 1999, 4057), con cita de la de 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8109), señala que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones y la dación en pago es una forma de

extinguir la obligación, mientras que la de 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4343), alude a que el convenio aprobado judicialmente refleja una “*datio in solutum*”, con renuncia al resto no cubierto por los bienes adjudicados “*in valorem*” o “*in genere*” –como sucede en este caso en que los acreedores dan “por saldados y finiquitados sus créditos”– lo que supone pago del crédito con exoneración de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, de los fiadores».

2. *Repercusión práctica de dicha explicación sobre el art. 1849 CC: como norma general (e innecesaria por redundante), de interpretación amplia y aplicable por analogía*

Acceptada la *ratio* novatoria del art. 1849 CC, no quedaría, sin embargo, justificada su presencia como norma singular frente a la regla general que sobre extinción de la fianza, como deuda accesoria, recoge por pura lógica –de la accesoriedad– el art. 1847 CC (como denuncia en contra de tal explicación FÍNEZ RATÓN, pp. 1489 y ss.). De ahí que de ser aquella la justificación del art. 1849 CC (que tal vez entendido de aquel modo podría chocar con el art. 1204 CC), tengan razón MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (p. 1003), y CARRASCO PERERA (y otros, pp. 185-187), al criticarla. En particular, CARRASCO considera: por un lado, que se incurre en una petición de principio, pues se presume que la dación es *pro soluto*; por eso, pronostica CARRASCO que en la práctica, o no se aplica dicha norma, si se entiende que la dación es *pro soluto*, pues nunca el acreedor va a aceptar la dación en pago, o bien que siempre se va a acordar que aquella sea *pro solvendo*; y por otro lado, de ser, en efecto, *pro soluto* la dación del art. 1849 CC, ¿qué añade –dice, con razón– el art. 1849 al más general 1847 CC, o –añadimos nosotros– al más general todavía art. 1207 CC, que resulta a la fianza aplicable de suyo y por genérica remisión contenida en el art. 1847 CC?

Otra salida, no mencionada por CARRASCO, sería excluir la aplicación del art. 1849 CC por renuncia del fiador. ¿Sería esto válido? Junto al hecho de que el art. 1849 CC no reconozca tal posibilidad (frente a otras normas que sí lo hacen, posibilitando la renuncia de privilegios del fiador, como el de excusión, o el de división –cfr., arts. 1831.I^o y 1837.II CC–), de admitirse que el art. 1849 es concreción del más general art. 1207 CC, se podría añadir como obstáculo a tal posible renuncia la probable imperatividad de ambas normas (cfr., art. 6.2 CC). No en vano, aunque de pasada, la STS de 26 septiembre 2006 (RJ 2006, 8637), habla del «imperativo art. 1849 del CC». Por supuesto, en la renuncia no se habrá de perjudicar a ningún tercero, como pudiera serlo el subfiador (cfr., arts. 6.2, 1207, 1836, 1848 CC...), quien, en principio, podría estimar extinguida la subfianza en el caso de que, sin su consentimiento, el fiador excluyera la aplicación del art. 1849 CC.

De estimarse superables tales obstáculos y admitirse la exclusión del art. 1849 CC en su aplicación, al suponer su renuncia la garantía de una deuda nueva, cual es la de evicción, diversa de la originariamente afianzada, deberá quedar clara y expresa desde un principio la voluntad del fiador en asegurar aquella deuda tras su surgimiento (cfr., arts. 1826.I y 1827 CC); así será, aunque la renuncia sea anticipada y la deuda por evicción aún no exista, al ser posible la fianza de deudas futuras (art. 1825 CC), siempre, cierto es, que se admita en general la renuncia anticipada de derechos (vs. arts. 151, 816, 1935 CC).

En cualquiera de los casos, al ser el art. 1849 CC norma innecesaria por ser general o común, por su conformidad con los principios, admite, por principio, una interpretación amplia y flexible. Así, *a.e.*, aunque el art. 1849 CC sólo hable de «*evicción*», cabría también aplicarla a los casos de vicios ocultos. Lo dice ALBALADEJO (en Cuadernos del CGPJ, p. 462), «por las siguientes razones –dice–: Primera. La justificación que da GARCÍA GOYENA, que es la que muestra el espíritu del art. 1763 del Proyecto, recogido en el art. 1849 del CC, fundamenta lo mismo la exclusión de la responsabilidad del fiador por evicción que por vicios. Segunda. Como otras veces (así arts. 1069 y siguientes) el Código habla en esta de evicción, pero su espíritu incluye los vicios. Tercera. Si en el art. 1849 se libera al fiador incluso en caso de evicción, que es lo más, ¿cómo no va a quedar liberado en el de vicios que es lo menos?». A tales razones cabe añadir una razón de interpretación histórica, que señala FÍNEZ RATÓN (p. 1498), aunque –recuérdese– él defiende tal aplicación expansiva del art. 1849 CC aun concibiéndola como norma excepcional de interpretación estricta: «El problema que históricamente planteó la dación en pago fue el relativo a las acciones de que disponía el acreedor en caso de evicción. Ya hubo a tal propósito divergentes opiniones en Roma entre sabinianos y proculeyanos. El problema viene condicionado por la configuración habitual de la dación. El punto de partida de los juristas clásicos y medievales es un supuesto de hecho unívoco:

transmisión de la propiedad de una cosa, con consentimiento del acreedor, en lugar de la entrega de dinero u otra cosa distinta. El supuesto de hecho que sirve como punto de partida delimita los aspectos más debatidos de la dación en pago: carácter real o consensual del acuerdo y tutela del acreedor en caso de evicción. Esta circunstancia explica coherentemente por qué el único supuesto de ineficacia de la *datio* previsto es la evicción. Alejados de esta premisa histórica y admitido que la prestación en pago tanto ser un *dare*, como un *facere* o un *non facere*, no hay inconveniente en extender la solución del art. 1849 CC a los restantes casos de ineficacia sobrevenida de la *datio*... como cuando el acreedor está obligado a restituir la prestación por ser declarado el convenio de dación nulo o anulado o quedar afectado por la acción rescisoria por fraude de acreedores, la retroacción de la quiebra o el ejercicio de las acciones impugnatorias».

Del mismo modo, puede el art. 1849 CC ser aplicado por analogía, cuando, conforme al art. 4 CC, haya identidad de razón entre el caso que en él se regula y el no contemplado por ley. No sucede, sin embargo, tal cosa con la figura del hipotecante por deuda ajena. Para él, antes que aplicar el art. 1849 CC por su supuesta analogía con la fianza, cabe más bien aplicar directamente, como norma general, el art. 1207 CC, sobre novación. Mucho antes que en el CC, se prevenía expresamente, la extinción de la hipoteca por novación, en Derecho romano (D. 13.7.11.1 y D. 46.2.18). Y hoy, aunque el art. 1207 CC, a diferencia de tales textos romanos, no se refiera expresamente a las hipotecas y hable de «obligaciones accesorias», al explicarse su contenido por la idea de accesoriedad, no por la naturaleza obligacional de lo accesorio, es aplicable de suyo a la hipoteca. Así lo aclaraba GARCÍA GOYENA al comentar el art. 1138 Proyecto CC-1851 (precedente, mucho mejor redactado, del actual art. 1207 CC). Decía dicho art. 1138 Proyecto CC-1851: «Por la novación se extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias.(...) Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario también el consentimiento de este». Y comentaba GOYENA (III, p. 156): «...y también los privilegios adheridos á la obligación anterior... y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda ó hipoteca con los intereses y cláusula penal... a no ser que haya repetido la fianza ó hipoteca». Y acerca de lo del consentimiento del tercero decía (p. 157): «por ejemplo, en la fianza ó hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos solo aprovechan y dañan á los contrayentes y sus herederos». Más claro fueron del Proyecto CC-1836 sus arts. 1953 («Como consecuencia de la novación, caducan las hipotecas con que el deudor aseguró el cumplimiento de la obligación principal») y 1960 («La novación hecha con el deudor acerca de las hipotecas prestadas por éste extingue las obligaciones de sus fiadores»).

Y en la doctrina actual así lo creen, negando la aplicación singular de la fianza en materia de hipoteca, en Francia, AUBRY Y RAU (*Cours de Droit Civil Français*, T. 3, Paris, 1900-1902, pp. 811 y 812), criticando a TROPLONG, ya que la hipoteca se extingue definitivamente, sin reserva posible de rango aunque el hipotecante consienta; MESTRES (y otros, II, p. 525); y, en España, así lo creen también incluso muchos de los propios partidarios del «fiador real», como Díez-PICAZO (p. 558); MORENO QUESADA (*Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, pp. 208 y 209); CARRASCO PERERA (y otros, pp. 481 y 482); CORDERO LOBATO («Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995», en CCJC, 1996, p. 250); BELUCHE RINCÓN (*El fiador hipotecario*, Valencia, 2002, tomada de internet http://www.tirantonline.com/DFRC_1001.htm, p. 22), añadiendo la accesoriedad como fundamento del art. 1849 CC, y, no obstante, luego aludiendo a la aplicación del art. 1207 CC; CARPI MARTÍN (*La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002, pp. 193-197). En otros Ordenamientos hay al respecto referencia expresa a la hipoteca, o incluso a la extinción de las garantías dadas por tercero en caso de dación en pago: así, los arts. 1278 y 1279 *Code*, al cual se traslada la misma explicación que para la fianza *ex art.* 1281 CC francés (vid., LAURENT, T. 31, pp. 352 y 353; BAUDRY, T. 27-III, pp. 486 y 487); los arts. 2031 y 2032 *Codice*-1865 y 1197 y 1200 CC-1942 (vid., GORLA: *Del pegno. Delle ipoteche*, en *Commentari del Codice Civile*, a cargo de A. SCIALOJA y G. BRANCA, 3ª ed., Bolonia, 1981, p. 393; GENTILE: *Le ipoteche. Commento agli artt. 2808 a 2899 del Codice civile*, Roma, 1961, p. 399); y el art. 839 CC portugués.

Por supuesto, también sería posible que la hipoteca «perviva», aunque en tal caso habrá que tener muy en cuenta su constancia registral, pues junto a la accesoriedad, han de observarse su publicidad y su especialidad registrales. De hecho, CARRASCO PERERA (y otros, p. 481); y CORDERO LOBATO (p. 250), entienden que el principio de especialidad registral impide que la hipoteca pase a asegurar la obligación de evicción. En Derecho romano, donde no había Registro inmobiliario, se decía: «*Novata autem debiti obligati pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur*». Era posible, sin más, tal permanencia de la garantía, pues carecía de vida registral. Hoy, al contrario, sólo puede

estimarse que permanece, sin extinguirse, la hipoteca si desde un principio ya constaba en su inscripción registral que la hipoteca cubría la posible evicción, aun como deuda futura, reservándose así, además, el rango hipotecario (como permiten en general los arts. 142 y 143 LH). También podría quedar vigente por voluntad del hipotecante la primigenia hipoteca si, aun no habiéndose hecho *ab initio* tal pacto, todavía no ha sido la hipoteca cancelada y el valor de la deuda por evicción es igual o inferior al valor de la deuda inicialmente garantizada con la hipoteca (respetándose así la accesoriedad, la determinación y la publicidad, antes referidas).

En los demás casos (en que no se ha pactado nada al respecto, que la hipoteca no se ha cancelado, o cuando la deuda por evicción sea de cuantía superior o de índole diversa a la asegurada inicialmente,...), no bastará la voluntad del hipotecante en contra de la novación para que la hipoteca se mantenga y cubra la nueva obligación. De haber voluntad para ello habrá de procederse a la constitución de una nueva hipoteca.

De no ser así, hay que estimar a la hipoteca extinguida por novación de la deuda asegurada por aplicación del art. 1207 CC. Otro cantar, por supuesto, será que en caso de ejecución de la hipoteca el hipotecante no deudor pueda, o no, oponer la dación en pago frente al acreedor, dependiendo ello, sobre todo, de que haya o no previamente cancelado la hipoteca. Porque, aunque sustancialmente el hipotecante no deudor pueda oponer frente al acreedor cualquier excepción derivada del crédito, o de la hipoteca, según lo que conste en el Registro, tal posibilidad queda procesalmente muy mermada, o por lo menos postergada, a la vista del imperativo y taxativo listado de excepciones (de causas de oposición y de suspensión) que, a salvo en el juicio ordinario (sólo ejercitable por acción hipotecaria si el deudor es titular del bien hipotecado), se permiten en los diversos procedimientos –judiciales y extrajudicial– para instar la ejecución hipotecaria (cfr., arts. 82 y 144 LH, 190 y 240 RH, arts. 557.1.1º LEC, sobre juicio ejecutivo ordinario, arts. 695 y 698.1º LEC). Imperatividad y taxatividad de causas oponibles que obedecen, en general, a razones de orden público, y en particular sobre los procesos ejecutivos hipotecarios, a la sumariedad y celeridad de los mismos habida cuenta, precisamente, de la necesidad de dar expresión procesal a una carga real, la hipoteca, en garantía del crédito territorial. Todo lo cual, a diferencia de lo dicho acerca del art. 1849 CC, sobre fianza, impide su contravención por acuerdo, que de haberlo sería radicalmente nulo (*ex art. 6, aps. 2 y 3 CC*).