

SUBROGACIÓN POR PAGO VOLUNTARIO O FORZOSO DEL TERCERO HIPOTECANTE

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

1. OCASIÓN, Y ACOTACIÓN, DEL PRESENTE ESTUDIO SOBRE LOS DIVERSOS PROBLEMAS QUE SUSCITA EL PAGO HECHO POR QUIEN HIPOTECA UN BIEN PROPIO EN GARANTÍA DE UNA DEUDA AJENA.

No hace mucho, la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361) vino a abordar dos cuestiones sin precedentes en la anterior jurisprudencia, que, sin embargo, encerraban más radicalmente otro problema, de mayor calado, al que el TS sí se ha enfrentado desde hace un tiempo. Aquéllas primeras eran referidas por la propia STS de 2009 al comienzo de su Primer Fundamento de Derecho: “El objeto del recurso de casación -decía en él- versa fundamentalmente sobre dos cuestiones: si el hipotecante no deudor que paga, voluntariamente o por ejecución forzosa de la finca hipotecada, tiene derecho a subrogarse en la posición del acreedor contra los fiadores solidarios del crédito, y en qué medida operaría el derecho de regreso, y si dicho hipotecante no deudor, caso de que se admita la subrogación, puede oponer al acreedor la facultad regulada en el art. 1.852 CC frente al acreedor, al haber sido liberados por éste los fiadores solidarios”.

En el fondo, más allá del caso concreto resuelto, latía en aquella STS una sola cuestión, al menos como la capital, al margen de otras colaterales: la de la posible asimilación del hipotecante por deuda ajena al fiador, con la consiguiente aplicación analógica a aquél de algunas de las normas sobre fianza; o, más en general, la de la naturaleza jurídica de la hipoteca por deuda ajena.

La presente STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361) tendrá que abordar tal materia para finalmente negar que el art. 1852 CC sea aplicable al hipotecante por deuda ajena, entre otras razones, porque no hay aquella asimilación entre hipoteca y fianza que justifique esta aplicación analógica. Al negar, para esta norma particular, la analogía entre la hipoteca por deuda ajena y la fianza, no hace esta STS sino sumarse a una jurisprudencia que así también la niega con alcance general, o referida a otras normas de la fianza pretendidamente aplicables por analogía al tercero hipotecante. Ahí están, las SSTS de 9 marzo y de 14 diciembre, ambas de 1874 (Col. Leg. nº 101 y 16, respectivamente), de 26 mayo 1950 (Col. Leg. nº 239), de 28 mayo 1991, de 6 octubre 1995 (RJ 7022), de 23 marzo 2000 (RJ 2025), de 9 marzo 2001 (RJ 3185), y de 3 noviembre 2004 (RJ 6869), a la que se suma aquella de 3 febrero 2009 (RJ 1361).

Frente a tal jurisprudencia hacía poco había resurgido la posición opuesta en una importante parte de nuestra doctrina, importando una vieja tesis gala y, sobre todo, italiana: la de considerar al hipotecante no deudor como figura idéntica, para unos, o similar, para otros, a la del fiador, y la de aplicarle, por ende, algunas o casi todas las normas que regulan la fianza. Se hablará, entonces, del hipotecante no deudor como “fiador real”¹.

1 Ahí están, entre los nuestros, MORENO QUESADA, L (*Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987); CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona, 1993, pp. 406, 411, 414 ss); AZPITARTE CAMY, R (*La hipoteca por débito ajeno*, en Libro Homenaje a JB. Vallet de Goytisolo, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 63-124); y, como más recientes, LOPEZ LIZ, J (*Procedimiento judicial sumario del art. 131 LH*, Barcelona, 1987, pp. 161 y 162); CORDERO LOBATO, E (“Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995”, en CCJC, 1996, pp. 237-254); FELIU REY, M (“Fianza real. Subrogación por pago de tercero interesado y solidaridad no uniforme”, en La Ley, 2001, nº 5429, pp. 1-16); BELUCHE RINCON, I (*El fiador hipotecario*, Valencia, 2002 -tomada de internet http://www.tirantonline.com/DFRC_1001.htm); elogiando el anterior trabajo citado, PANTALEON PRIETO, F (en su apocalíptico trabajo “Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del “fiador hipotecario”, en La Ley, 2002, nº 5537, pp. 1-5); mucho más moderada y acertada es CARPI MARTIN, R (*La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, 2002); y en parte INFANTE RUIZ, FJ (*Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 170 ss). Ya, antes que todos ellos, insinuaron tal idea autores como DE LA RICA (en su conferencia tomada por

En esta disputa hace tiempo que nosotros mismos nos vimos inmerso, para adoptar una postura que apoyaba a nuestra jurisprudencia contraria a la analogía entre fianza e hipoteca dada por tercero². Mas, precisamente por ello, no vamos a tratar dicha cuestión de nuevo. Aquí y ahora, vamos a centrarnos en aquella cuestión, más particular, que planteaba la STS de 2009, referida en sí y aisladamente a la subrogación por pago hecho por el hipotecante de un bien en garantía de una deuda ajena: a su fundamento y alcance, sobre todo, a si tal subrogación opera, o no, legal y automáticamente, si sólo en caso de pago hecho voluntariamente, o también cuando el pago es coactivo, realizado, en este caso, mediante la ejecución hipotecaria (de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena). A tal cuestión quedará circunscrita la presente reflexión, sin poder entrar en otras cuestiones conexas (por exigencias de tiempo y espacio para esta comunicación en la XVI Jornada de la APDC celebrada en Zaragoza), como es la propia que plantea aquella STS de 2009 (referida a la aplicabilidad del art. 1852 CC, o más genéricamente, acerca de las garantías de aquella subrogación por pago), o como pudiera ser la resolución de conflictos subrogatorios en caso de concurrencia de varias garantías prestadas por diversas personas a favor

Núñez Lagos: “La obligación personal y la responsabilidad en las nuevas modalidades de hipoteca”, en RGLJ, 1947, I, p. 71; PUIG PEÑA (en su *Manual*, T. III-2º, p. 40); o, en un trabajo conjunto, ROCA SASTRE, RM y PUIG BRUTAU, J (“Responsabilidad por débito ajeno”, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, pp. 183 y 190), mas sin llevar su opinión a sus últimas consecuencias, como en cambio sí lo hace la doctrina patria más reciente, antes referida. Tal vez el germen de esta más radicalizada postura se encuentre en lo que en su día mantuvo, y aún mantiene hoy a pesar de las muchas críticas recibidas, DIEZ-PICAZO, L: partiendo de la inseparabilidad existente entre débito y responsabilidad, entendió, y sigue entendiendo, que “el constituyente de la garantía-real- es un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía”. Así lo decía en sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ed. 1978, p. 343, y así lo sigue diciendo en sus posteriores ediciones. Aunque esta explicación fue sostenida antaño y aún hoy por algunos, muy pocos ya (vgr., FELIU REY, pp. 3 y 4), otros autores, los más, la corrigen, considerando, con más razón, que mientras el fiador en sentido estricto es garante personal, pues asume una deuda y responde de ella con todo su patrimonio (cfr., arts. 1822 y 1911 CC, entre otros), el hipotecante por deuda ajena, en cambio, es garante real, pues no se convierte en deudor, es extraño a la deuda garantizada (cfr., art. 1857.II CC), y sólo responde de la deuda ajena limitadamente y *ob rem*, con el bien hipotecado. Y a esta doctrina han venido ahora a sumarse algunos autores más que, precisamente por ello, critican, en este punto, a la STS de 3 febrero 2009: son BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (“Comentario a la STS de 3 de febrero de 2009”, en CCJC, 2009, nº 81, pp. 1232-1237); y DIEZ GARCIA, H (“Efectos del pago efectuado por un hipotecante no deudor mediante la ejecución de la garantía hipotecaria”, en *Aranzadi Civil*, nº 15/2009, y tomado aquí de Westlaw).

2 Ya en nuestro primer estudio sobre la hipoteca (*Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 392-396, 405 y 406), dimos cuenta crítica, aunque como cuestión colateral, de aquella tesis sobre el “fiador real”. Como objeto específico de estudio la retomamos, en defensa de la más reciente jurisprudencia que negaba la tesis del “fiador real”, en nuestro trabajo “El hipotecante no deudor: ¿un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, en ADC, 2007, pp. 1659-1766.

del mismo deudor (esto es, la posible aplicabilidad del art. 1844 CC, o de cualquier otra solución para resolver tal posible colisión). Queden, pues, tales otras cuestiones para otra mejor ocasión.

2. EN PARTICULAR, LA SUBROGACIÓN POR PAGO DEL HIPOTECANTE NO DEUDOR: FUNDAMENTO Y ALCANCE

2.1. La subrogación legal por pago del hipotecante no deudor, al amparo del art. 1210.3º CC, y sin necesidad de aplicar el art. 1839.I CC, por su “*interés en el cumplimiento de la obligación*”

Salvo muy contadas opiniones, la común doctrina, integrada incluso por muchos de los adeptos del “fiador real”³, coincide en negar la aplicación del art. 1839.I CC al hipotecante no deudor por su innecesariedad, porque para llegar a igual régimen bastan los arts. 1210.3º y 1212 CC.

Aun siendo éste el sentir común de la doctrina, alguna opinión discordante hay en la propia doctrina y, sobre todo, en algún pronunciamiento del TS que, precisamente, secundó la sentencia de la Audiencia Provincial del caso que aquí hemos recordado, siendo en ello acertadamente corregida por la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361).

En efecto, aunque en minoría hay quienes niegan aquel sentir común: unos porque, aun reconociéndole el derecho a subrogarse como consecuencia del pago, consideran que al hipotecante no deudor ha de aplicársele el art. 1839.I CC⁴. Otros, más radicalmente, consideran que el tercero hipotecante no encaja ni en el 1210.3º ni en el 1839.I CC, porque en el fondo se le ha de negar la subrogación legal. En la doctrina, posición

³ Como MORENO QUESADA (pp. 200-202); CORDERO (pp. 245 y 250); y, siguiéndole, BELUCHE (pp. 26 y 27).

⁴ Así lo creen, CAMY (p. 417); AZPITARTE (p. 109); CARRASCO PERERA (y otros, p. 480); PANTALEON (pp. 2 y 3), aunque estos dos últimos por estimar que el 1839 no añade nada al 1210.3º CC; INFANTE (pp. 177 y 178), quien, aunque reconoce la aplicabilidad directa del art. 1210.3º CC, cree mejor aplicar el 1839, justificándolo (con CARPI, p. 185), “porque su fundamento se encuentra en la causa de garantía”, ¿o más bien en el hecho del pago?

aislada, por ser muy particular, es la de Lalaguna Domínguez⁵, para quien el hipotecante no deudor carece de subrogación pues el pago extingue la deuda y la hipoteca se extingue por consolidación. Siendo cierto esto último, no lo es lo primero que sin más desmorona la figura de la subrogación por pago. En otra posición particular, por híbrida, Carpi (pp. 182-192), Galicia Aizpurua⁶, y, siguiéndoles, Díez García (pp. 10-12), sólo estiman aplicable el 1210.3º cuando el pago hecho por el tercero hipotecante ha sido voluntario, pero no cuando el crédito es satisfecho por la ejecución hipotecaria (a lo que aludiremos en subepígrafe separado, el siguiente). En nuestro alto Tribunal, como única al menos, destaca la STS de 23 marzo 2000 (RJ 2025), donde se había planteado idéntico problema que resuelve la más reciente STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361): el derecho de regreso del hipotecante no deudor frente a los fiadores solidarios.

Decía tal STS de 2000, en parte de su Fundamento Jurídico 2º, que al hipotecante por deuda ajena le resultan inaplicables los arts. 1210.3º y 1212 CC porque “a los efectos de pago de la cantidad que reclama no puede considerarse “tercero”, al ser un “obligado” al pago porque mediante el contrato de hipoteca sujetó directamente la casa de su propiedad al pago de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 del CC) respondiendo del crédito garantizado, garantía que se llevó a efecto incumplida la obligación mediante la ejecución hipotecaria”. La razón de esas comillas ha sido justificada por la doctrina de muy diversas formas: benévolamente, por Bercovitz⁷; sutilmente por Feliu Rey (pp. 3 y 4); y, cómo no, agriamente por Pantaleón (pp. 2 y 3), para quien si el hipotecante no deudor fuese, como dice la STS de 2000, un garante obligado, habría que aplicarle el 1839 CC. En lo que más importa, en el fondo, dicha STS ha sido unánimemente criticada por la doctrina porque el hipotecante por deuda ajena no es deudor, sino tercero y además interesado en el pago (amén de los citados, arremete también contra la STS citada, Beluche, pp. 26 y 27, con nota 258). Siendo esa la crítica unánime excúsenos aquí de entrar en el análisis concreto de aquella STS y, por tanto, de hacer más leña del árbol caído.

⁵ *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977, pp. 82-84.

⁶ *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, 2006, pp. 137-140.

⁷ En su “Comentario” -a dicha STS-, en CCJC, 2000, p. 385.

Más allá del caso concreto que vino a resolver, lo más destacable ahora es que aquella idea general, de negar el art. 1210.3º CC al hipotecante por deuda ajena por estimarlo como un obligado al pago, fue aceptada por la SAP de Madrid de 20 septiembre 2002, recurrida en ese punto y sólo en él aceptado el recurso y acertadamente corregida aquella negación de la subrogación en la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), que en este punto es calificada como “excelente” y de recomendada lectura para estudiantes universitarios por Bercovitz (p. 1232), al enmendar la contraria a aquella STS de 2000. En particular, la STS de 2009, en su Fundamento de Derecho 2º, “considera que el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del art. 1.210.3º CC, por las razones siguientes.(...) En primer lugar debe señalarse que del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda; es más, el supuesto del *solvens* codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se puedan comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo.(...) En segundo lugar debe también resaltarse con carácter prioritario que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero, en cualquier caso, ello carece, aquí y ahora, de interés, puesto que la condición de deudor o no (que entendemos no lo es); de mero “obligado” al pago o no (que consideramos que tampoco lo es, sin que quepa configurar un “*tertium genus*” entre deudor y no deudor, distinguiendo un obligado en sentido propio y un “obligado” sin dicho carácter); obligado de la propia obligación (de garantía) por él asumida; responsable no deudor; tercero o no (y ya cabe advertir que el ordinal tercero del art. 1.210 CC, a diferencia del ordinal segundo, no se refiere a tercero); fiador real (asimilado a la fianza) o no; etc., resulta irrelevante, porque lo que importa radica en “si tiene interés en el cumplimiento”, que es la exigencia expresada en el precepto”. Tras esta afirmación, en la que sin mencionarla emplea las mismas comillas que aquella STS de 2000 cuya doctrina ésta rechaza, continúa la STS de 2009 con una extensa argumentación para, en contra de lo sostenido por la SAP de Madrid recurrida, acoger la doctrina mayoritaria según la cual el art. 1210 CC, a pesar de su dicción, no recoge meras presunciones, sino casos de subrogación legal, automática y de pleno derecho, que no requieren de la voluntad del acreedor ni del deudor. Este posicionamiento ha sido aplaudido con entusiasmo por quienes han venido a comentar dicha STS de 2009, como -naturalmente- Bercovitz (pp.

1232 y 1233), o a reseñarla, como Rubio Torrano (en Aranzadi Civil, 2009, nº 6). No obstante, a nuestro parecer, sin la intención de desanimar tal entusiasmo, ni mucho de negarle a tal explicación su razón, ésta no constituyó en el caso su *ratio decidendi*, tratándose más bien de un *obiter dictum*. No en vano, el párrafo que se dedica a aquella disertación comienza con un “otro tema que debe ser analizado...”. Porque el *punctum dolens* del recurso, y sobre el que sí genera doctrina la STS de 2009, aunque como única en contraste con la también solitaria de 2000, venía referido a si el tercero hipotecante tiene o no derecho a subrogarse por pago en los derechos del acreedor hipotecario por él satisfecho al amparo del art. 1210.3º CC. Y sobre él dirá en aquel Fundamento Jurídico 2º, una vez finalizado el *obiter dictum*: “Se plantea, finalmente, el tema central -dice, precisamente- de la cuestión controvertida, que se refiere a si el hipotecante por deuda ajena que paga es un interesado en el cumplimiento, y puede obtener al amparo del ordinal tercero del art. 1.210 el derecho de subrogación en los derechos del acreedor. La doctrina mayoritaria sigue un criterio afirmativo. Se argumenta: a) en relación con el derecho de agresión del acreedor -se dice que “tiene interés en el cumplimiento de la obligación de otro cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, hasta cierto punto o en determinada medida, el patrimonio de un tercero por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor, o entre el tercero y el acreedor, que incide en la que media entre deudor y acreedor”-; b), con la necesidad jurídica de cumplir; c), la conveniencia de cumplimiento; d), o con la evitación de un perjuicio - tiene interés aquel “a quien se le puede seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, del eventual incumplimiento de la obligación, o aquel que extraiga alguna ventaja cierta, no hipotética, del cumplimiento de esa misma obligación”-. Entendemos que existe el interés y que es en el cumplimiento, porque hay interés -dice, según nos parece, siguiendo a Rubio Garrido⁸- cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación (y no como sostiene un sector doctrinal en “la relación obligatoria”, -lo que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada -tercer poseedor-); y es procedente comprender tanto

⁸ La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación, Madrid, 1997, p. 200 ss.

el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún 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 aquélla”.

Por nuestra parte, sin la necesidad de entrar en la naturaleza y alcance que el art. 1210 CC contiene, y sin “dejarse arrastrar por un arrebató de entusiasmo subrogatorio”, como parece tener la STS de 2009 según dice Díez García (p. 3), nosotros aceptamos, sin rechistar, que la subrogación por pago no se presume (art. 1209 CC), y que los casos de subrogación legal del art. 1210 CC son taxativos, aun siendo éstas las razones aducidas por la STS de 23 marzo 2000 (RJ 2025) y por Carpi, para no aplicar el art. 1210.3º CC al tercero hipotecante. Porque ello no se contradice con la cierta amplitud existente en la redacción de tales casos; como hace poco recordó Rubio Garrido⁹, conforme al ideal de concisión y sencillez que inspiró a todo el CC en general, la redacción del 1210 CC, dada la reducción de sus diversos números frente a los seis números del 1117 Proyecto CC-1851, es amplia, contemplando su nº 3º a cualquier pagador “que tenga interés en el cumplimiento de la obligación”, entre los que podrían incluirse el fiador (art. 1839 CC), el tercer poseedor (art. 867 CC),...¹⁰ Y es ahí donde, como advierte tal doctrina, también encajará el hipotecante no deudor, cuyo interés en el pago radica sencillamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble. Está, por ello, dicho sujeto facultado para pagar, por estar, precisamente, interesado en el pago. Tanto que, dada la inherencia real de la hipoteca (arts. 1876 CC y 104 LH), podría incluso decirse que tiene la carga real de pagar.

Ello es así salvo que quiera darse un salto en la dicción literal del art. 1210 (y en la del 1158 CC, vgr.), para así conectar el “interés”, no con el pago -con el “cumplimiento”, como dice el 1210.3º-, sino con la “obligación” (o incluso con la subrogación misma), pareciendo entonces necesario para el 1210.3º que el pagador deba de estar de una u otra forma

9 En su obra sobre subrogación por pago, p. 198, y que reitera en su obra sobre fianza, pp. 145 y 146.

10 También opinan de tal modo, BERCOVITZ (pp. 885-887); FERNANDEZ VILLA, J. (*El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 CC*, Granada, 1999); y siguiendo a ambos, GALICIA AIZPURUA (p. 87 ss).

obligado e interesado en la propia subrogación¹¹. Pero, como dice Berco- vitz (p. 40), tal distinción entre interés en el pago e interés en la obligación es artificiosa, inconsistente, pues “quien tiene interés en una obligación lo tiene en igual grado con respecto a su cumplimiento y viceversa”¹².

Con aquella torcida interpretación, que centra el interés en la obli- gación, no en el pago, y que tal vez sea el germen de otras desviaciones más recientes (como la de la STS de 2000 citada), se cae en el error que, inevitablemente por su clara pero errónea dicción, cometen otros Códigos -no sus intérpretes-, donde literalmente se habla del “obligado -”tenu”, “tenuto”- por otro o con otro al pago”, acaso como si debiera tratarse de un verdadero deudor y de que la subrogación legal por pago y, en general, el pago por “tercero interesado en el pago” sólo fuese predicable de los co-deudores solidarios y de los fiadores que pagan, como advierte nuestra STS de 2009. Así, del CC francés, cfr., arts. 1236 y 1251.3º (que habla de “qui, étant tenu avec d’autres ou pour d’autres au paiement de la dette”), los arts. 1238 y 1253.3º CC italiano-1865, y del vigente el art. 1203.3º (que habla de “colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo”). Interesa destacar que sobre el Code, refiriéndose a los preceptos citados y a otros (vgr., arts. 2167 y 2168, que hablan del tercer poseedor como “obligado al pago”), ya autores como Laurent (T. 31, pp. 209-212), o Troplong (T. 3, pp. 332-335), y, ya antes del CC francés, Pothier (IX, p. 452), criticaban aquella expresión por errónea, y que el Código tomó, dicen, del art. 101 de la Costumbre de París, al parecer, por influencia del Derecho canónico (sobre todo de Grenier), donde se hablaba de la “pena de pagar”. Pero como ya dice el propio Pothier (cit.): “Observez que le paiement de la dette hypothécaire n’est, de la part du détenteur de l’héritage hypothéqué, que *in facultate solutionis*, pour éviter le délais: il n’est pas *in obligatione*; car le tiers détenteur n’est point débiteur de cette dette, il ne l’a point contractée, ni succédé ou participe aux obligations personnelles de ceux qui l’ont contractée”.

11 Dan ese “salto” DIEZ-PICAZO (pp. 482 y 483); y en parte HERNANDEZ MORENO, A. (*El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 184-192).

12 En similar sentido, RUBIO GARRIDO (en su obra sobre subrogación, pp. 197 y 198); opinión, que como advierte DIEZ GARCIA (p. 8), se acoge en la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), al decir que en el tercero hipotecante “existe el interés y que es en el cumplimiento”... “y no como sostiene un sector doctrinal -los arriba citados- en la relación obligatoria, -lo que obviamente excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada o tercer poseedor-”.

Tal vez por ello en alguno de tales Códigos haya sido necesario crear una norma *ad hoc* para contemplar la subrogación legal por pago de ciertos sujetos (vgr., arts. 2866 -antes, art. 2022 del CC-1865- y 2871 *Codice*-1942, sobre el tercer poseedor y sobre el tercero hipotecante, respectivamente). Pero tal adición no es necesaria en nuestro CC ante la correcta dicción del art. 1210.3º CC.

Otra forma de tergiversar el art. 1210.3º CC es atender aisladamente a su último inciso para concluir que, al modo en que parecen hacerlo aquellos otros Códigos, tal norma prácticamente sólo es aplicable al co-deudor solidario y al fiador (cfr., arts. 1145.II y 1839.I CC, respectivamente). Ciertamente, tales eran los ejemplos que el propio García Goyena hacía¹³ comentando su precedente, el art. 1117.3º Proyecto CC-1851 (en su remisión explícita al art. 1068 e implícita al 1099), cuando había otros supuestos recogidos en tal precedente, que, sin embargo, hoy no recoge el art. 1210 CC. ¿Acaso por ello, por ese silencio, esos otros supuestos quedan hoy excluidos del art. 1210.3º CC? No; de lo contrario, de sólo aplicarse el 1210.3º al codeudor solidario y al fiador, o bien sobra aquél o bien sobran los arts. 1145.II y 1839.I. Pero ninguno de ellos sobra:

El art. 1839.I CC, aislada e históricamente considerado, como en parte sucede con el art. 1145 sobre el codeudor solidario solvente, fue necesario en su momento para imponer *ipso iure* y *ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria -y sólo a veces forzosa- cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano, contenido en la Novela 4.1 *in fine* de Justiniano, el D. 46.1.36 y en el C. 8.40.2; o la llamada carta de lasto -documento en que el acreedor cedía sus acciones- de nuestras Partidas -Leyes 11 y 13, tít. 12, P. 5ª- y del Fuero Real -Ley 11, Tít. 18, Lib. 3-). Así lo advirtió García Goyena (IV, p. 139 ss), refiriéndose al Proyecto CC-1851: Tras distinguir el art. 1116 del Proyecto-1851 entre subrogación convencional y legal, el art. 1117 Proyecto-1851 decía: “*La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 3º Del que*

13 En sus *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español, III*, Madrid, 1852.

paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068”; y refiriéndose a ese nº 3º, decía Goyena (p. 140): “Como la tiene el deudor mancomunado -entiéndase, solidario- y el fiador”, añadiendo que “la subrogación del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal”, y concluyendo así (p. 140), que en el art. 1117 “quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados”. Porque (p. 141), “la equidad no permitiría prevalerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogación: ellos tenían derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podía negarla en el caso de habersele pedido, haya tenido la intención de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante”. Luego, acerca del art. 1753.I Proyecto CC-1851 (nuestro actual 1839), insistirá Gª Goyena (IV, p. 158) en lo ya dicho: “*Se subroga: á virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117.(...) Es un tercer beneficio -junto con la excusión y la división- que la ley concede al fiador: este no tiene necesidad de pedir la subrogación; la ley misma la pronuncia, porque resulta del hecho mismo del pago, y habemos dejado a un lado las vanas sutilezas que hacían necesario el sustituir á una subrogación, que no se daba espresamente, una pretendida acción de mandato”*. Y así venía siendo la práctica, como nos explica don Benito Gutiérrez Fernández¹⁴, refiriéndose a la carta de lasto de las Partidas.

Tampoco sobra el 1210.3º CC que, en su amplia por concisa redacción, comprende más casos. Precisamente al respecto, como anillo al dedo viene traer uno que, aunque difiera del hipotecante no deudor por no ser garante, se identifica con él por su ajeneidad a la deuda y a la responsabilidad garantida con la hipoteca: es el caso del tercer poseedor. En el Derecho Romano (vgr., D. 20.6.12.1, de Paulo, o como más destacable la Novela 4.2 de Justiniano), y en las propias Partidas (Ley 18, tít. 13, P. 5ª, especialmente en su última frase) se preveía expresamente que si tal sujeto pagaba la deuda garantida con el bien hipotecado que había adquirido, se subrogaba -permítasenos lo anacrónico de la expresión- en el crédito satisfecho; era algo parecido al *beneficium cedendarum actionum* y a la carta de lasto del fiador, cuando nada tenían, ni tienen, que ver ambos sujetos. Tal

14 *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1875, p. 62.

vez por esa tradición, el art. 1117, en sus números 5º y 6º, y, reiterándolo innecesariamente, el art. 1815 Proyecto CC-1851 recogieron tal caso como otro más de subrogación legal, para dejar bien claro que ya no se trataba de un beneficio dependiente de la voluntad del acreedor. Y así también antes los arts. 1728 y 1925 Proyecto CC-1836. En cuanto al Proyecto CC-1851, decía en su art. 1117: “La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor:... 5º Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su disposición.(...) 6º Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenencias á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas...” Y reiteraba su art. 1815: “El tercer poseedor que paga al acreedor se subroga plenamente en su lugar”. De esta última norma dirá Luzuriaga (IV, p. 209), que “la doctrina general acerca de la subrogación de las obligaciones está aplicada en el artículo 1815, que en rigor pudiera haberse escusado con lo dispuesto ya en el 1117”. O sea, sucedió algo parecido a la necesaria aclaración que para el fiador supuso el art. 1753 Proyecto CC-1851 (el actual 1839 CC), ya entonces contenido en el más general art. 1117.3º (el actual 1210.3º CC). Finalmente, sin embargo, no habrá rastro alguno de aquellas normas específicas sobre la subrogación legal por pago del tercer poseedor de bien hipotecado, tal vez porque al dictarse el CC-1889 el art. 105 RH-1861 (mantenido en el RH-1870) hacía referencia a tal cuestión (cuando aún la hacía ya la citada Ley de las Partidas). Decía dicha norma: “Si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor; y podrá exigir su reembolso al deudor; si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca”. Pero, ¿qué sucedió después, cuando ya desaparece esta norma reglamentaria; acaso, entonces, fue tal silencio negativo, excluyente del tercer poseedor del ámbito del art. 1210 CC? No. La supresión del art. 105 RH en el nuevo RH-1909 se debió a que siendo el RH norma adjetiva o registral, y el Registro Inmobiliario cosa propia de derechos reales, no había aquél de inmiscuirse en cuestiones sustanciales relativas a derechos personales, que, precisamente, ya estaban contempladas en el art. 1210 CC. Así lo justificó en su momento Morell y Terry¹⁵, a quien hoy recuerda en su comentario a la STS de 2009 Díez García (pp. 7 y 8). Y, por su parte, la razón formal de su no expresa inclusión en el 1210.3º es, recuérdese,

15 En sus Comentarios a la legislación hipotecaria, IV, pp. 63, 151-153.

estilística: la concisión y sencillez que impregna a todo el CC. Y la razón sustancial de la lógica inclusión del tercer poseedor en el 1210.3º es también sencilla: el tercer poseedor es un tercero (no deudor, ni responsable), facultado para el pago, aunque no como pueda estarlo cualquier *poenitus extraneus*; aquél está especialmente interesado en el pago, precisamente para eludir la venta en subasta pública del inmueble de su propiedad. A dicha norma, de alcance general, puede sumarse una reciente norma también general sobre el tercer poseedor, el art. 659.3 LEC, y el más antiguo art. 867.II CC, aún vigente, que sin ser norma singular, sino expresión de la regla general del 1210 CC, se refiere a un caso particular de tercer poseedor (el del legatario de cosa hipotecada). Y si del tercer poseedor hay que predicar la subrogación legal por pago, ¿cómo cabe negarla al hipotecante no deudor? Este, como aquél, es tercero por ser ajeno a la deuda y a la responsabilidad, pero es constituyente de la hipoteca, titular del inmueble hipotecado, a la vista de todo lo cual es también un tercero interesado en el pago, para así evitar la ejecución del inmueble de su propiedad. Habrá, pues, de aplicarse igualmente a dicho sujeto el art. 1210.3º CC sin necesidad de recurrir al art. 1839.I CC.

2.2. La subrogación legal del hipotecante no deudor por pago hecho, voluntaria o forzosamente

Uno de los motivos que en la SAP de Madrid del presente caso se opuso a la subrogación del hipotecante no deudor fue que éste “nunca realizó un pago, sino que se le ejecutó ante el impago de tercero aquello que ya puso a su disposición y quedó gravado en el momento de constituirse la hipoteca”. También en este punto vendrá a corregirla la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), cuando al razonar la concesión de la subrogación legal por pago, *ex art. 1210.3º CC*, a favor del hipotecante no deudor, terminaba considerando “procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún 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 aquélla”.

En la doctrina, también los hay, aunque son los menos, que mantienen la negativa de la subrogación en caso de ejecución hipotecaria, como Carpi (pp. 182-192), Galicia Aizpurua (pp. 137-140); y, siguiéndoles, Díez García (pp. 10-12), alegando muy variadas, y variopintas, razones, siendo todas ellas rechazables en nuestra opinión; a saber:

Para empezar, echan en falta en nuestro Derecho para creer lo contrario -en la subrogación para todo tipo de pago, voluntario y forzoso-, una norma como la de otros ordenamientos, que expresamente conceda la subrogación al tercero hipotecante tanto si paga voluntariamente la deuda como si la satisface por ser expropiado, ejecutada la hipoteca. Es el caso, *a.e.*, del art. 2871 CC italiano (como el del art. 2866, aunque referido éste a la subrogación del tercer poseedor), en cuya virtud “*il terzo datore che ha pagato i creditori o ha sofferto l'espropriazione -dice- ha regresso contro il debitore*”. Justificando tal redacción, se advertiría en la Relazione del Guardasigilli que “*l'alienazione dell'immobile ipotecato non può infatti costituire ostacolo al subingresso*”

En nuestra opinión, sin embargo, como venimos advirtiendo desde un principio, en este punto el dato de Derecho comparado no es definitivo: si tal mención a la ejecución forzosa se hace en una norma especial, referida a una subrogación concreta (la del tercero hipotecante), y no en la norma general sobre subrogación legal por pago (como sería el art. 1203.3º italiano, que sólo habla de “*pagamento*”), puestos a hacer distinguos, ¿por qué no se hace sólo en tales ordenamientos donde sí hay diferencia dentro de la letra de la ley? No en vano, así lo hace, entre otros, Fragali¹⁶, creyendo que la norma general sobre subrogación sólo cubre el caso de pago voluntario, no si éste ha sido ejecutivo o forzoso. Entre los nuestros, Carpi niega la aplicación a favor del hipotecante no deudor del art. 1210.3º CC, nuestra norma general, y por ser meramente reiteración de aquella la del 1839, negando en sí la subrogación, todo por entender que el 1210.3º CC, de interpretación restrictiva *ex* 1209 CC, sólo se refiere al pago voluntario. Pero, entonces, ¿carecen de subrogación también el tercer poseedor que sufre la ejecución del bien hipotecado, el codeudor solidario ejecutado patrimonialmente, o si se trata de un fiador agredido en su patrimonio?; para

16 En la voz “*Ipoteca [Diritto Privato]*”, en ED, XXII, pp. 806-808, y 844.

este último caso, según aquella autora (p. 191, nota 303), el 1839 CC, en apariencia reiterativo del general art. 1210 CC, ha venido a conceder la subrogación al fiador aun en caso de pago forzoso. Ya hemos visto, sin embargo, que la necesidad del 1839 CC ha sido históricamente otra, no la que apunta Carpi, sino la de imponer *ipso iure y ope legis* la subrogación por pago del fiador en la posición del acreedor, legalizando así lo que ya venía siendo práctica habitual, dentro y fuera de nuestras fronteras, frente a la voluntaria -y sólo a veces forzosa- cesión de acciones y derechos del acreedor que en las normas anteriores se contemplaba (vgr., el *beneficium cedendarum actionum* del Derecho Romano Justiniano.; o la llamada carta de lasto de nuestras Partidas y del Fuero Real). Además, ¿por qué interpretar de diferente modo la palabra “*pago*” en los arts. 1210 y 1839 CC, o en los arts. 1158 y 1159 CC, como Carpi también pretende, cuando en nuestro ordenamiento no hay tal contraste de normas como en el italiano? *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Por eso, de ser restrictiva la expresión “*pago*” en el 1210.3º, como pretende Carpi, ¿por qué no también lo es la del 1839 que, como dice esta misma autora, es fiel trasunto de aquella norma más general? Claro que lo niega Carpi inventándose una razón del 1839 que nunca tuvo para que así no se niegue al fiador la subrogación en caso de pago coactivo. Mas, ¿sí es, en cambio, justo negársela al tercero hipotecante que sufre la ejecución hipotecaria? Pues, incluso atendido el dato jurídico extranjero, ¿no hay justicia interna, en aquel art. 2871 del *Codice*, en conceder la subrogación al tercero hipotecante aún en caso de ejecución hipotecaria? Para Carpi sí es justa aquella negación de la subrogación legal, salvo (dice, p. 191) que haya pacto por el cual el acreedor conceda el derecho de subrogación al hipotecante ejecutado, o lo apruebe el deudor, añade Díez García (p. 12), *ex* arts. 1209.2 y 1210.2º CC. O sea, ¡otra vez la antigua y hoy superada carta de lasto!

Es ahí, donde tiene pleno sentido la razón de justicia que expresa la STS de 3 febrero 2009 (RJ 1361), cuando -recuérdese- considera “*procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aún cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto -dice- establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla*”.

Tal razonamiento será muy criticado, en su comentario, por Díez García (p. 10), para quien “invocar razones de justicia sin ninguna apoyatura normativa es tanto como recurrir a una equidad que sólo permite fundar las resoluciones judiciales cuando la norma lo permite (art. 3.2 CC). De otra parte, y aun admitiendo estas razones de lógica y de justicia, ¿Es injusto que el garante vea materializado el riesgo que asumió? Evidentemente, no. Lo que quizá sea injusto es que el ordenamiento no le provea de las acciones adecuadas para alcanzar su indemnidad”. En esto último, que también defiende Galicia Aizpurua (p. 137 y 138), se les ve venir con la aplicación del art. 1852 CC, siendo, por ello, un razonamiento tautológico. En lo primero, en absoluto emplea la STS de 2009 una equidad integradora, sino con función interpretadora, pues no hay aquí una vacío legal que colmar, sino una norma que interpretar, que aplicar adecuadamente: el art. 1210.3º CC. Y en esa idoneidad en su aplicación habrá que atender, precisamente, a la equidad, a la justicia del caso particular de conceder la subrogación a favor del tercero hipotecante que sufre aquel “sacrificio”, que dice la STS, cual es soportar la ejecución de un bien propio para pago de una deuda ajena. En este sentido, lo injusto no es la materialización de tal riesgo, en el decir de Díez García, sino que tal tercero deba asumir por completo las consecuencias de la materialización de tal riesgo, cual es la pérdida del bien hipotecado por su ejecución forzosa.

Contra ello, se considera que en el caso de la realización hipotecaria no cabe la subrogación porque ni hay ya interés en la liberación (como reconoce la STS de 2009 y advierte por ello Díez García), y porque el hipotecante no ha colaborado con el acreedor en dicho pago, como dice Galicia (en p. 137), pues ha sido mero “espectador” -dice- de la ejecución.

En efecto, tras la ejecución hipotecaria, el tercero hipotecante ya no tiene aquel originario interés en que se cumpla la deuda a fin de evitar la ejecución. Pero ha terminado pagando, con su propio bien, una deuda que es ajena. ¿Puede, entonces, ser estimado como simple “espectador” de tal ejecución, que sufre en su propio bien, aunque su actitud haya sido incluso la de desampararlo, *ex art.* 126.2 LH, en el transcurso de dicha ejecución? Se ha comportado como un tercero, que interesado en el pago de una deuda ajena, al soportar la ejecución de su bien ha satisfecho al acreedor y ha saldado una deuda ajena. Negarle, pues, la subrogación sería legitimar el

enriquecimiento injusto en favor del deudor. Es esto último, precisamente, lo que según la doctrina italiana justifica que la subrogación del tercero hipotecante del art. 2871 de su CC opere aún en el caso de ejecución hipotecaria¹⁷. Ya antes, cuando en el *Codice* anterior, de 1865, ni siquiera había una norma correlativa al vigente 2871, la opinión de la doctrina era idéntica, desde que en Francia, aunque refiriéndose al tercer poseedor de un bien hipotecado y al amparo del general art. 1251.3º del *Code*, Laurent (T. 31, pp. 293 y 294), defendiera su derecho de subrogación tanto en caso de pago voluntario, de abandono, como de expropiación tolerada. Le seguirán en Italia, Melucci¹⁸, advirtiendo lo indiferente a los efectos subrogatorios que es que el tercero -refiriéndose al poseedor- pague con dinero o con los bienes hipotecados; ya refiriéndose al hipotecante no deudor, Palumbo¹⁹, quien se apoya en la común opinión (Mirabelli, Ricci, Merlo, Butera), y particularmente en Magini²⁰, quien advierte de la *subtilitas iuris* que sería distinguir según el pago se haga voluntaria o coactivamente; sutileza, más que sutileza, según nosotros, en la que incurre Carpi, para quien la distinción, más que entre pago voluntario y forzoso ha de hacerse entre pago y ejecución, siendo sólo aquél, el genuino pago, el modo extintivo de una deuda contemplado en los arts. 1158 y 1210.3º CC, normas que, por tanto, en su opinión no se aplican al tercero hipotecante cuando es ejecutado en su bien, pues ello, precisamente, habrá presupuesto el impago.

Desde luego, el pago -de admitirse como genuinamente voluntario- difiere de la ejecución forzosa, tanto como ésta de la compraventa -voluntaria, se ha de entender²¹. Pero en sus efectos, tales fenómenos convergen; en lo que a los efectos subrogatorios importa si el pago, o la ejecución, es realizado por un tercero la consecuencia sigue siendo la satisfacción del acreedor y la liberación para con él de la deuda.

17 Así, entre otros, RUBINO, D (*L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milán, 1956, p. 477); TAMBURRINO, G (*Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, 2ª ed., p. 323); o RAVAZZONI, A (*Le ipoteche*, Milán, 2006, p. 579).

18 *Il sistema ipotecario*, 3ª ed., Nápoles, 1913, pp. 306-308.

19 *La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, 1937, pp. 51 y 52.

20 *La surrogazione per pagamento nel Diritto privato italiano*, Turín, 1924, pp. 168 y 169.

21 Sobre esto último nos remitimos a nuestro *Derecho o carga real*, *cit.*, pp. 534-537, con apoyo en las opiniones de Carnelutti, Chiovenda, Pugliatti, y, entre nosotros, de Ginot LLobateras, o de Fernández-Villavicencio Alvarez-Ossorio.

De restringir en exceso el significado de pago, al estrictamente voluntario como pretende Carpi, ¿acaso no es, o funciona como pago el ejecutivo específico o *in natura*, que como el forzoso, común o hipotecario, nace del impago voluntario? Incluso admitiendo, como llega a hacer Carpi (p. 187, nota 297), que el sentido más amplio posible de pago incluye también la ejecución forzosa específica de la prestación debida, ¿dónde quedan, a los efectos subrogatorios, los subrogados del pago -valga la redundancia-, como la dación en pago, la consignación, la *datio pro solvendo*,...? Carpi nada dice sobre esto último, aunque Díez García (p. 11), los admite a tales efectos. ¿Hasta dónde alcanzará esta progresiva ampliación del pago para permitir la subrogación? ¿Por qué, insistimos, distinguir cuando la ley no lo hace? Aquella distinción, que se pretende entre dos fenómenos iguales en su efecto satisfactorio del crédito, estaría injustificada.

Mas volviendo a esa idea de justicia, que según la STS de 2009 concede la subrogación se trate de pago o de ejecución, en representación de la doctrina opuesta que nosotros combatimos, dirá Díez García (p. 12), que negar la subrogación en caso de ejecución, “ni resulta injusto, pues si el tercero hubiera querido subrogarse lo podría haber hecho efectuando el pago antes de que hubieran concluido las actuaciones ejecutivas (cuando todavía tenía interés)... En cualquier hipótesis, ¿No podremos acaso entender que, en estos casos, la actitud del tercero equivale a una revelación explícita de su intención de no querer subrogarse, sino de desentenderse del problema abdicando de su derecho para que así se cobre el acreedor? Creo que sí. Y, en ese caso, habría que negar al hipotecante cualquier posibilidad de subrogación, pues pudiendo ser, en su caso, eventual beneficiario de una subrogación, su actuación presupondría una renuncia a la misma, pues su pago acaso se podría entender realizado entonces *animus solvendi*”.

En principio, desde luego, es posible que en la hipoteca, o que en cualquier tipo de garantía, exista una causa concreta adicional a la general de garantía que excluya el regreso y la subrogación (vgr., que la garantía se haya prestado *pro solvendo*, con renuncia al regreso, o también *donandi causa*,...). No en vano, para nuestra jurisprudencia, criticada en este punto por buena parte de nuestra doctrina, la gratuidad u onerosidad de la fianza, o de cualquier garantía en general, está muy en conexión con los intereses

del garante en el reembolso y la subrogación²². De hecho, sólo en tales casos concretos, considera la doctrina italiana arriba citada que el tercero hipotecante carece de reembolso y de subrogación. Pero, en general, ¿cómo deducir esa gratuidad, o esa renuncia tácita a la subrogación, por el solo hecho de soportar la ejecución hipotecaria?; ¿*quid* si el tercero hipotecante no pagó, no porque no quisiera, sino porque no pudo hacerlo, vgr., con dinero, del que carecía en aquel momento?, ¿por qué interpretar aquella tolerancia en la ejecución como renuncia tácita a la subrogación si tras la adjudicación del bien el hipotecante reclama lo debido y satisfecho al deudor garante? ¿Hasta dónde, en general, quiere llevar esta doctrina la natural y común gratuidad o liberalidad de las hipotecas por deuda ajena? Y si la hipoteca dada por tercero fuese onerosa, ¿acaso según esta doctrina sí habría subrogación en caso de que el hipotecante padeciera la ejecución hipotecaria, o tal vez tampoco la habría en tal caso? ¿Por qué, en general, con aquella observación, se hace depender el funcionamiento de la subrogación de la gratuidad u onerosidad de la hipoteca?

Con todo, en la minoritaria posición que objetamos se observa la ejecución de la hipoteca como algo patológico, como extraño o como última *ratio* de la función de garantía que cumple la hipoteca. A lo más pudiera admitirse tal idea en los casos de hipoteca prestada por el propio deudor, donde la amenaza de ejecución hipotecaria cumple una función coactiva para que el deudor pague voluntariamente. Pero esa presión psicológica que mueve al pago voluntario no existe tratándose de una hipoteca prestada por tercero. En este caso reluce la genuina función de garantía de la hipoteca, que no es asegurar el pago voluntario, sino la satisfacción del crédito en caso -precisamente- de impago voluntario, sujetando un bien a su posible ejecución para el pago forzoso frente a los riesgos de insolvencia y de concurso de acreedores. ¿Cómo entonces negarle al tercero hipotecante la subrogación cuando al ser ejecutado su bien está cumpliendo su función por excelencia, que no es la de pagar él, sino la de someter un bien propio en garantía de una deuda ajena?

²² Vid., GUILARTE ZAPATERO, en su *Jurisprudencia sobre fianzas y demás garantías*, Madrid, 1997, p. 37.