



Roj: **STS 5506/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5506**

Id Cendoj: **28079110012023101708**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2023**

Nº de Recurso: **8344/2021**

Nº de Resolución: **1711/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1690/2021,**  
**STS 5506/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.711/2023**

Fecha de sentencia: 11/12/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 8344/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 8344/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1711/2023**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 11 de diciembre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Alejo , representado por el procurador D. Luis Manuel Hortelano Castro, bajo la dirección letrada de D.ª Susana Jiménez Laz, contra la sentencia n.º 736/2021, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación n.º 304/2021, dimanante de las actuaciones de liquidación de régimen económico matrimonial n.º 190/2017, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Puerto Real. Ha sido parte recurrida D.ª Elisa , representada por la procuradora D.ª Aurora Abadía Pérez y bajo la dirección letrada de D.ª Alicia Calvo Guerrero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Aurora Abadía, en nombre y representación de D.ª Elisa , interpuso demanda de liquidación de régimen económico matrimonial contra Alejo , en la que solicitaba:

"[...] tener por solicitada la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por doña Elisa y don Alejo , acompañándose propuesta de liquidación y división, y se inicie el procedimiento, citando a las partes, con traslado a la parte contraria de la propuesta de liquidación y adjudicación que se contiene en el cuerpo de este escrito, a fin de que se alcance un acuerdo, o en otro caso, se designe contador, y si fuera menester, peritos, con advertencia al demandado de que si no comparece se le tendrá por conforme con la indicada propuesta".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Puerto Llano y se registró con el n.º 190/2017. Una vez fue admitida a trámite, se citó a las partes a la comparecencia prevenida por la ley, en la que la parte demandada manifestó su disconformidad con el avalúo de las partidas del inventario, así como con la propuesta de liquidación y adjudicación realizada por la parte demandante.

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º de Puerto Real dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"Que APRUEBO las operaciones divisorias practicadas por el Contador Partidor D. Darío en relación con la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales de Dña. Elisa y D. Alejo , cuyo contenido es el siguiente:

"TOTAL ACTIVO GANANCIAL: 124.150 27 euros.

"TOTAL PASIVO GANANCIAL: 15.312 28 euros.

"ADJUDICACIÓN EN FAVOR DE:

"A) Dña. Elisa :

"1. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.405 52 euros).

"TOTAL ADJUDICADO: 47.405 52 euros.

"B) D. Alejo :

"1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral nº NUM000 y Finca Registral nº NUM001 de el Registro de la Propiedad nº 2 de DIRECCION000 , por importe de 29.097 48 euros.

"2. 74 26% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 241 17 euros.

"3. Derecho de Crédito de D. Alejo contra la sociedad de gananciales por el abono de la carga hipotecaria contraída con la entidad La Caixa, por importe de - 8.136 70 euros.

"4. Deuda pendiente de amortizar del préstamo hipotecario contraído con la Caixa por importe de - 7.175 58 euros.

"5. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.405 52 euros).

"TOTAL ADJUDICADO: 61.432 46 euros.

"D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 7.01347 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".



Con fecha 18 de diciembre de 2019 por dicho órgano judicial se dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"ACUERDO.- Completar y subsanar la sentencia 149/2019 de fecha 20 de noviembre dictada en el presente procedimiento, añadiendo:

"1) un Fundamento Jurídico SEGUNDO con el siguiente contenido: "En materia de costas y a tenor de lo establecido en el artículo 394.1 LEC, éstas deben imponerse a la parte actora."

"2) el siguiente párrafo en el fallo: "Con imposición de las costas causadas en el presente litigio a la parte actora"".

#### **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Elisa .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo tramitó con el número de rollo 304/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 2 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elisa contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Puerto Real en el procedimiento de referencia, DEBEMOS revocar dicha resolución, en los siguientes términos:

"1º) Dejar sin efecto la adjudicación a una y otra parte del 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (equivalentes al total de 94.811,04 euros).

"2º) Sustituir dichas adjudicaciones por las siguientes:

"A FAVOR DE D. Alejo

"1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral nº NUM000 y Finca Registral nº NUM001 de el Registro de la Propiedad nº 2 de DIRECCION000 , por importe de 29.09748 euros.

"2. 7426% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24117 euros.

"3.- Derecho de crédito contra SURINFO CÁDIZ SL por importe de 94.811,04 euros.

"4.- Asunción de las deudas del pasivo de la sociedad de gananciales por importe de 15.312, 28 euros.

"TOTAL: 108.837,41 EUROS

"D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 54.418,7 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".

"Sin realizar expresa condena en las costas de esta alzada".

#### **TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- El procurador D. Luis Manuel Hortelano Castro, en representación de Alejo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Con base en el art. 469.1.4º, infracción del art. 24 de la Constitución Española en cuanto al derecho a obtener tutela judicial efectiva, en relación al art. 399 LEC, por ser errónea y manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba y no superar, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE, y que ha llevado al Tribunal a conclusiones ausentes de lógica ( sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 octubre).

"Cuestión suscitada: en concreto, el error se centra en que la Sala de Apelación entiende que esta parte en el abono de la hipoteca que gravaba la vivienda familiar ha actuado "de forma apresurada y falta de diligencia", afirmación que permite la aplicación del art. 1.844-3 del CC y con ello la estimación del Recurso de Apelación de la parte contraria, aun admitiendo las serias dudas del supuesto enjuiciado.

"Respecto a la subsanación, significar que la Sentencia lo acoge para dar por sentada la prueba del conocimiento del riesgo, y como fundamento de la decisión, por lo que no es un error cuya subsanación pueda solicitarse por la vía de los arts. 214 y 215 LEC.



"En cuanto a la identificación concreta de la indefensión material producida, se centra en considerar probado un hecho, a pesar de que la misma sentencia pone de manifiesto sus serias dudas sobre la existencia de los hechos, lo que lleva a la exclusión de la aplicación del art. 1.390 del CC y la no imposición de costas a mi representado".

El motivo del recurso de casación fue:

"Con base en el art. 477.2.3º (Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo): Oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del art. 1.844 párrafo tercero del Código Civil, en relación con el art. 1.145 del mismo texto legal, respecto de la acción de reembolso del cofiador que hace frente a la totalidad de la deuda avalada, cuando la fianza prestada es de carácter solidario y a la mitigación de los requisitos establecidos en el art. 1.844-3.

"Preceptos infringidos: art. 1.844 párrafo tercero del Código Civil por aplicación indebida y en relación con el art. 1.822 y art. 1.145, también ambos del Código Civil.

"Jurisprudencia infringida o contravenida del Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 2.007 ( STS 738/2007, Recurso de casación 1.065/ 2000); sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 2.007 ( STS 847/2007, Recurso de Casación 3080/2000).

" Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 2.009 ( STS 654/2009, Recurso nº 1145/2005)

"Cuestión suscitada: La sentencia recurrida revoca la dictada por el Juez de instancia, aplicando el art. 1.844-3 Código Civil, indicando que el pago efectuado por el hoy recurrente, cofiador solidario junto con la hoy recurrida respecto de un tercero, fue apresurado y falto de diligencia, cuando la jurisprudencia establecido por el Tribunal Supremo determina que cuando la obligación de afianzamiento es de carácter solidario, tanto con el deudor principal como con el resto de los cofiadores, debe ser aplicado el art. 1.145 CC, sin tener en cuenta las limitaciones del art. 1.844.3 CC o no exigidas con carácter riguroso, sino con flexibilidad porque dicho pago beneficia a todos los cofiadores solidarios".

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de mayo de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Alejo contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 2 de septiembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 304/2021, dimanante del procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales n.º 190/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Puerto Real.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 11 de octubre de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de noviembre dl presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente proceso, partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

**1º.-** D. Alejo y D.ª Elisa están divorciados por sentencia de 26 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto Real (Cádiz). En dicha resolución, se atribuyó al padre la guarda y custodia de los hijos comunes y se le asignó el uso de la vivienda familiar.

**2º.-** Los litigantes fueron socios de la mercantil Surinfo Cádiz, S.L. Por medio de escritura pública de 31 de octubre de 2007, la entidad financiera Cajasol concedió a dicha sociedad un préstamo de 179.000 euros a amortizar en 180 cuotas mensuales.



Los litigantes intervinieron en dicha operación como hipotecantes en garantía del préstamo concedido, y, además, en otra cláusula constaba que, en concepto de avalistas, D. Argimiro, D.<sup>a</sup> Martina, D. Alejo y D.<sup>a</sup> Elisa, garantizan, solidariamente, a Cajasol, el total cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria en las condiciones expresadas, constituyéndose en fiadores solidarios, con el deudor principal, al pago en la misma medida y extensión que la parte prestataria, con renuncia expresa a los beneficios de orden, exclusión, división y cualquier otro que pudiera corresponder.

**3º.-** Mediante escritura pública de 15 de octubre de 2009, los litigantes vendieron a D. Argimiro las 26.313 participaciones sociales de las que eran titulares en la mercantil Surinfo Cádiz, S.L., por el precio declarado de 26.313 euros. El comprador, en escritura de la misma fecha, declaró que la sociedad tenía la condición de unipersonal, al haber adquirido la totalidad de las participaciones sociales constitutivas de su capital.

**4º.-** Mediante correo electrónico de 7 de diciembre de 2010, D. Alejo comunicó a D.<sup>a</sup> Elisa, tras recordarle su condición de avalista e hipotecante del préstamo concertado por Surinfo Cádiz, S.L., con Cajasol, que, a tal fecha, se elevaba a la suma de 152.000 euros, lo siguiente:

"Dado que tanto tú como yo, ya no tenemos ningún vínculo como sociedad con Surinfo y que su dueño y administrador único es Argimiro, yo le he pedido, que nos libere las propiedades nuestras, de tal carga, por el bien de Cirilo y Daniel.

"Y como Surinfo no tiene dinero líquido para levantar la hipoteca y además está teniendo problemas de pago con la hipoteca mensual, ante la posibilidad que se agrave más la casa, y que lo podamos perder todo, he llegado al acuerdo con Argimiro en el que yo vendo la casa de DIRECCION001 NUM003, y con lo que saque libero la hipoteca tanto de la casa como de los garajes y yo a cambio me hago cargo de la hipoteca que el tiene de su casa de 40.000 euros.

"[...] Si tiene dudas de mis palabras puede consultarlo con Argimiro, aunque pase lo que pase lo voy a llevar a cavo (sic) por el bien de ellos, y por supuesto seguiré preservando a mis hijos [...] y por favor tira más de ellos te necesitan, y en mí no encontrarás un enemigo en ese respecto".

**5º.-** Con fecha 17 de marzo de 2011, el Sr. Alejo procedió a la venta de la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 número NUM003 de DIRECCION002, y destinó el dinero obtenido al pago del préstamo concedido a favor de Surinfo, S.L., del que eran avalistas solidarios e hipotecantes, que quedó cancelado.

**6º.-** Tras el pronunciamiento de divorcio, se tramitó procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales de los litigantes.

En el inventario del activo, consta que la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 número NUM003 de DIRECCION002, finca registral NUM002 del Registro de la Propiedad número 2 de DIRECCION000, era propiedad de la sociedad de gananciales en el 74,26 por ciento, y el 25,74% restante privativa del demandante.

También, formaban parte del activo sendas plazas de garaje con trastero, que eran las fincas registrales NUM001 y NUM000, igualmente gravadas, en garantía de dicho préstamo, respondiendo cada de ellas de un principal de 10.735 y 9510 euros respectivamente.

En el pasivo consta como los referidos inmuebles estaban gravados con hipoteca constituida a favor de Cajasol, en garantía de un préstamo de 179.000 euros, concedido a la entidad Surinfo Cádiz, S.L., según escritura pública de 31 de octubre de 2007, en la que los litigantes comparecieron como avalistas solidarios e hipotecantes.

Otra partida del pasivo consistía en un préstamo personal con garantía hipotecaria solicitado por el matrimonio, con fecha 17 de febrero de 2005, por importe de 42.000 euros, para el abono del precio de la que fue vivienda familiar, concertado con la entidad Cajasol, hoy la Caixa, por el que existe un derecho de crédito a favor de D. Alejo por el cien por ciento de las cuotas abonadas desde el auto de fecha 30 de septiembre de 2009, por un total de 6.677,43 euros, quedando pendiente de amortizar la suma de 8.443,35 euros a la fecha del auto de 12 de mayo de 2016, que aprobó el inventario de los bienes gananciales en los términos reseñados.

**7º.-** Determinado el inventario ganancial, continuó el procedimiento para proceder a la realización de las operaciones liquidatorias del haber común. En su curso, D.<sup>a</sup> Elisa se opuso al cuaderno particional elaborado por el contador partidador.

En síntesis sostuvo que, como compensación al pago de la deuda de Surinfo, S.L., con el dinero obtenido de la venta de la vivienda de los litigantes, D. Argimiro, socio y administrador único de dicha sociedad, adjudicó, al Sr. Alejo, una vivienda de propiedad de aquél, que es la finca registral NUM004, en la que actualmente reside el Sr. Alejo con los hijos de los litigantes, cuya custodia se le atribuyó en la sentencia de divorcio; por consiguiente, el crédito de la sociedad de gananciales quedó extinguido mediante dicha cesión para pago a



D. Alejo ; por lo tanto, el actor le debe abonar el valor asignado a dicha partida en el cuaderno particional de 47.405,82 euros.

**8º.-** Tramitado el correspondiente proceso de oposición al cuaderno particional, por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto Real se dictó sentencia de 20 de noviembre de 2019, que desestimó la oposición formulada, con fundamento en que la vivienda ganancial se vendió el 16 de marzo de 2011 para cancelar el préstamo concertado por Surinfo Cádiz, S.L., con Cajasol, del que los litigantes eran avalistas e hipotecantes, y con el precio obtenido se canceló el referido préstamo. El 74,26 % del precio obtenido con dicha venta (94.811,05 euros) es ganancial, por lo que debe formar parte del activo de la sociedad de gananciales un crédito por dicho importe contra Surinfo Cádiz, S.L., que se benefició de la extinción de la deuda en aplicación del art. 1838 CC.

Obra en el procedimiento, un documento privado que lleva fecha 1 de enero de 2013, según el cual Argimiro y su mujer D.<sup>a</sup> Martina alquilan a D. Alejo , el inmueble sito en la CALLE000 NUM005 de DIRECCION002 , por cinco años, susceptibles de prórroga, por la renta de 357,64 euros mensuales, más gastos de comunidad.

En definitiva, la sentencia aprobó el cuaderno particional del contador judicial, que es del siguiente tenor:

"Total activo ganancial: 124.15027 euros.

"Total pasivo ganancial: 15.31228 euros

"Adjudicación en favor de:

"A) Dña. Elisa :

"1. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.40552 euros).

"Total adjudicado: 47.40552 euros.

"B) D. Alejo :

"1. Pleno dominio de los garajes identificados como finca registral nº NUM000 y finca Registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 2 de DIRECCION000 , por importe de 29.09748 euros.

"2. 7426% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24117 euros.

"3. Derecho de Crédito de D. Alejo contra la sociedad de gananciales por el abono de la carga hipotecaria contraída con la entidad La Caixa, por importe de 8.13670 euros.

"4. Deuda pendiente de amortizar del préstamo hipotecario contraído con la Caixa por importe de - 7.17558 euros.

"5. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.40552 euros).

"Total adjudicado: 61.43246 euros.

"D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 7.01347 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".

**9º.-** Contra dicha sentencia se interpuso por D.<sup>a</sup> Elisa recurso de apelación, dado que se aprobó íntegramente el cuaderno particional, que incluía, en el activo del inventario, un derecho de crédito de la sociedad legal de gananciales contra Surinfo Cádiz, S.L., por importe igual al 74,26% del pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario.

La razón esgrimida "no es por discrepancia en la cuantificación de la vivienda, en cuanto estamos conformes con la sustitución de la vivienda familiar por el precio obtenido por la venta dado que ya no forma parte del patrimonio y que, salvo la partida sobrante de la operación de venta 241,74 euros, fue destinada a la cancelación del préstamo hipotecario concedido a Surinfo Cádiz S.L.", la discrepancia está en que el pago realizado no puede redundar en beneficio de la sociedad de gananciales, toda vez que omite la sentencia que la vivienda fue vendida por el Sr. Alejo , al hallarse a su nombre en el Registro de la Propiedad, y que dicha venta estaba condicionada por el acuerdo de compensación alcanzado entre el Sr. Alejo y D. Argimiro , en virtud del cual éste último le cedió la vivienda de su propiedad, sita en la CALLE000 , número NUM005 , de DIRECCION002 , por la cancelación del préstamo de la sociedad unipersonal del Sr. Argimiro .

Es por lo que, al haber obrado en su propio beneficio, se considera que se ha llevado a efecto una disposición fraudulenta de la vivienda familiar y, en consecuencia, procede adjudicarle la partida del 74,26% del pago realizado con objeto de cancelar el préstamo.



Igualmente, recurrió la imposición de costas.

En su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, el Sr. Alejo señala que eran avalistas solidarios e hipotecantes, que procedió a la venta de la vivienda familiar ante la eventualidad de la ejecución hipotecaria y que se subastase la vivienda en condiciones desfavorables. La vivienda se vendió por 128.000 euros, destinándose 127.674 a la liquidación del préstamo. Las partes están de acuerdo en que la deuda constituía pasivo de la sociedad. La vivienda queda sustituida por el derecho de crédito. No es de aplicación el art. 1390 CC, puesto que no obtuvo beneficio alguno de la operación efectuada y el derecho de crédito procede del art. 1838 CC. También, se opuso a la pretensión de la contraparte para que se le liberara de la imposición de costas.

**10º.-** La Audiencia Provincial dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado.

Partió, para ello, de la base de que la venta de la vivienda familiar por el Sr. Alejo se considera consentida por D.ª Elisa, toda vez que no impugnó dicha venta en el plazo de cuatro años que señala la ley, además manifestó su conformidad en la sustitución por su valor; no obstante, discrepa de la decisión del juzgado, al considerar que no es el art. 1838 CC, sino el art. 1844 CC, el aplicable para la decisión del proceso, relativo a los casos en los que se trata de fianza constituida por cofiadores.

Por otra parte, no puede soslayarse que no se ha practicado prueba sobre la necesidad de anticipar el pago, al no mediar procedimiento judicial contra Surinfo Cádiz, S.L., ni acreditarse que dicha sociedad se encontrase en concurso o insolvencia.

La sala proclama que desconoce, a ciencia cierta y a falta de prueba, los acuerdos entre el Sr. Alejo y el Sr. Argimiro. Tampoco se atisba una conducta dolosa o en beneficio exclusivo del Sr. Alejo, determinante de la aplicación del art. 1390 CC; pero sí un actuar, apresurado y falto de diligencia, al efectuar el pago de la deuda garantizada sin constatar las circunstancias del art. 1844.3.º CC.

Con dicho fundamento, decide aceptar la propuesta liquidatoria de la parte apelante en los términos siguientes:

"1º) Dejar sin efecto la adjudicación a una y otra parte del 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (equivalentes al total de 94.811,04 euros).

"2º) Sustituir dichas adjudicaciones por las siguientes:

"A FAVOR DE D. Alejo

"1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral nº NUM000 y Finca Registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 2 de DIRECCION000, por importe de 29.09748 euros.

"2. 7426% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24117 euros.

"3.- Derecho de crédito contra SURINFO CÁDIZ SL por importe de 94.811,04 euros.

"4.- Asunción de las deudas del pasivo de la sociedad de gananciales por importe de 15.312,28 euros.

"TOTAL: 108.837,41 EUROS

"D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 54.418,7 euros, debiendo compensar a Dña. Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones".

**11º.-** Contra dicha sentencia se interpusieron por el Sr. Alejo recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

Con base en el art. 469.1.4.º, infracción del art. 24 de la Constitución Española en cuanto al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en relación al art. 399 LEC, por ser errónea y manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba y no superar, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE, y que ha llevado al Tribunal a conclusiones ausentes de lógica ( sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 octubre).

Según la motivación del recurso, el error se centra en que la sala de apelación entiende que esta parte en el pago de la hipoteca que gravaba la vivienda familiar ha actuado "de forma apresurada y falta de diligencia", afirmación que permite la aplicación del art. 1.844-3 del CC, y con ello la estimación del recurso de apelación de la parte contraria, aun admitiendo las serias dudas del supuesto enjuiciado.



En cuanto a la identificación concreta de la indefensión material producida, se centra en considerar probado un hecho, a pesar de que la misma sentencia pone de manifiesto sus serias dudas sobre la existencia de los hechos, lo que lleva a la exclusión de la aplicación del art.1.390 del CC y la no imposición de costas a mi representado.

"En este sentido, la sentencia señala: "Dudas que procede centrar tanto en si su actuar fue motivado por el interés de la familia -al saldar deudas hipotecarias que la Sala desconoce si eran de inminente reclamación judicial- o por contrario lo fue en su beneficio exclusivo y correlativo daño para la apelante al excluirla de la percepción de gran parte del acervo ganancial encubriéndose al tiempo una dación en pago de deuda. O incluso el caso que nos ocupa, plantea si ambas circunstancias concurrían a la vez. Dudas, en definitiva, más que razonables para dejar de imponer las costas de la primera instancia a la parte vencida en juicio".

### **TERCERO.- Desestimación del motivo**

La valoración probatoria es actividad que corresponde a los tribunales de primera y segunda instancia, y, por lo tanto, es ajena a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

En efecto, la casación no es una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, pues, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la audiencia, sin que constituya una tercera instancia ( sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

Tampoco es posible instar que se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469.1 de la LEC, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que el legislador reservó dicha valoración a los tribunales de instancia ( sentencias 626/2012, de 11 de octubre; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

No obstante, lo expuesto no significa que quepa aceptar la consagración de patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva, y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso, o resoluciones arbitrarias, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la razonabilidad exigible a las decisiones de los tribunales.

La concurrencia de vicios de tal clase permite realizar, excepcionalmente, un control jurisdiccional al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, que recoge, como concreto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la vulneración de lo dispuesto en el art. 24 de la CE, que constitucionaliza los derechos fundamentales de naturaleza procesal que conforman las garantías del juicio justo.

Y, de esta manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado infringido el art. 24.1 de la Carta Magna cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto de un proceso deductivo irracional o absurdo ( sentencias del Tribunal Constitucional 244/1994, FJ 2; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3, 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 3 o 56/2013, de 11 de marzo); o sea simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna ( sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre; 45/2005, de 28 de febrero; 164/2005, de 20 de junio; 277/2005, de 7 de noviembre; y 162/2006, de 22 de mayo; y sentencia de esta sala 382/2016, de 19 de mayo), con admisión de que el canon de la racionalidad, que impone el art. 24.1 CE, se extienda a la temática valorativa de la prueba ( sentencias del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

En congruencia con ello, esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta





infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre, y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales ( sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos ( sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

La sentencia del tribunal provincial concluye que el pago de la deuda garantizada por el recurrente fue apresurado y falta de diligencia al no constar la reclamación de la deuda a los fiadores, ni la insolvencia del deudor garantizado; pues bien, de la lectura de la sentencia recurrida no se aprecia ningún error, que deba ser corregido por este tribunal, por ser fruto de una irracional, absurda o arbitraria valoración de la prueba practicada, sin que discrepar de la conclusión fáctica de la sentencia, como hace la parte recurrente, constituya este motivo de recurso, que llevaría, en definitiva a invadir ámbitos jurisdiccionales de la primera y segunda instancia vedados a este tribunal, salvo que se hubiera vulnerado el art. 24.1 CE, que no es el caso.

Concluir, como hizo la audiencia, que el pago se hizo "de forma apresurada y falta de diligencia", cuando no consta reclamación del acreedor Cajasol, ni insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria deudora Surinfo Cádiz, S.L., o beneficio obtenido por los litigantes, en su condición de cofiadores hipotecantes, por la unilateral venta del bien ganancial llevada efecto por el recurrente, aprovechándose de la inscripción de la vivienda familiar a su nombre como privativa en el registro de la propiedad, de ninguna manera conforma una conclusión absurda, irracional o arbitraria, máxime cuando la parte recurrente no ofrece una justificación plausible de su proceder, pues niega la cesión en pago de otro inmueble, titularidad del socio único de Surinfo Cádiz, S.L., D. Argimiro , como contraprestación natural de dicho acto de cancelación de la deuda avalada, lo que además contrasta con la circunstancia de que posee la vivienda propiedad de éste, así como el contenido del correo electrónico dirigido a la demandada en anuncio de dicha operación que, en todo caso, sostuvo, la llevaría a efecto.

Por otra parte, tampoco es de recibo alegar conjuntamente, en el mismo motivo, la vulneración de las normas concernientes a la carga de la prueba del art. 217 de la LEC, que conforman otro motivo distinto de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, como es la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las que se encuentran ubicadas las normas que rigen el *onus probandi* (carga de la prueba). No caben, además, alegar motivos heterogéneos en el mismo numeral del recurso conforme a reiterada jurisprudencia.

## Recurso de casación

### CUARTO.- Motivo único del recurso de casación

Con base en el art. 477.2.3.º LEC, por infracción del art. 1.844, párrafo tercero, del Código Civil por aplicación indebida, en relación con los arts. 1.822 y 1.145 ambos del Código Civil, considerando como jurisprudencia vulnerada la establecida en las sentencias de 5 de Febrero de 2.007 ( STS 738/2007, recurso de casación



1.065/2000); de 20 de Julio de 2.007 ( STS 847/2007, recurso de Casación 3080/2000), y de 13 de Octubre de 2.009 ( STS 654/2009, Recurso n.º 1145/2005).

En el desarrollo del recurso, se sostiene que la sentencia recurrida revoca la dictada por juzgado, aplicando el art. 1.844-3 Código Civil, al considerar que el pago efectuado por el recurrente, cofiador solidario junto con la hoy recurrida respecto de un tercero, fue apresurado y falto de diligencia, cuando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo determina que la obligación de afianzamiento es de carácter solidario, tanto con el deudor principal como con el resto de los cofiadores, debe ser aplicado el art. 1.145 CC, sin tener en cuenta las limitaciones del art. 1.844.3 CC, o no exigir las con carácter riguroso, sino con flexibilidad, porque dicho pago beneficia a todos los cofiadores solidarios.

No concurren óbices de inadmisibilidad, puesto que el recurso se fundamenta en la infracción de normas de derecho material y sustantivo, se respetan los hechos probados, y se cita la jurisprudencia recurrida, planteando un problema de naturaleza jurídica y no de naturaleza adjetiva o procesal; cuestión distinta es que deba ser o no estimado, lo que afecta al examen de fondo del recurso y no a presupuestos de admisibilidad.

La primera de las sentencias invocadas en el recurso es la de 5 de febrero de 2007, dictada en el recurso 1065/2000, en la que concurrían las circunstancias siguientes: el cofiador había sido demandado al pago de la deuda y fue excluido de la relación procesal únicamente por un problema formal, al no habersele citado en el domicilio correcto, con lo que seguía siendo fiador solidario y, por ello, obligado. El pago por dicho fiador se efectuó a consecuencia de la demanda de juicio ejecutivo presentada por el acreedor Banesto. En consecuencia, no fue un pago voluntario o injustificado.

La segunda sentencia, es la 847/2007, de 20 de julio, en este caso, también la entidad acreedora presentó demanda de juicio ejecutivo contra el deudor principal y tres de los fiadores solidarios, sin que se tratase, por lo tanto, tampoco, de un pago de naturaleza voluntaria. El actor pagó la totalidad de lo reclamado por razón de hallarse en solidaridad con la entidad deudora, frente a la acreedora, y en virtud de la reclamación judicial que verificó la acreedora contra la propia deudora y contra la mayor parte de sus avalistas. Evidentemente tampoco existe coincidencia alguna con el supuesto que ahora nos ocupa.

Por último, la tercera sentencia, cuya doctrina se considera infringida, es la 654/2009, de 13 de septiembre, en la que se consideró que el pago anticipado al vencimiento del crédito se encontraba justificado al hallarse compelido el cofiador al pago de la deuda, en virtud de las circunstancias concurrentes, con la argumentación siguiente:

"El primero de ellos alega la infracción de los artículos 1844 y 1822 del Código civil en cuanto la sentencia recurrida confiere el derecho de repetición a la parte actora frente a los demandados ahora recurrentes, pese a que aquélla adelantó el vencimiento del crédito sin el consentimiento de los cofiadores. El motivo se desestima pues consta, aunque las sentencias de instancia no lo exponen con especial detalle, que el demandante se vio compelido a hacer pago, ante los incumplimientos por la sociedad prestataria deudora principal de los pagos a que venía obligada trimestralmente, hasta el punto que tuvo que acudir a otro préstamo con garantía hipotecaria (de su propia vivienda). Con lo cual, pese a la dicción literal del último párrafo del artículo 1844, se admite que el cofiador que paga, no por propia voluntad, sino compelido a ello, tiene derecho de repetición contra los restantes cofiadores, tanto por razón de justicia intrínseca pues de lo contrario habría asumido, no por propia voluntad, una deuda que sólo en parte le corresponde, como por razón del artículo 1145, párrafo segundo, en relación con el artículo 1822, párrafo segundos, al tratarse de una cofianza solidaria; también por razón de que la finalidad de aquella norma es el evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del fiador que ha pagado. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ahora se reitera: sentencias de 19 de noviembre de 1982, 7 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1988".

En todo caso, la sentencia señala que la razón que explica el art. 1844.3 CC es evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso, como sostiene la audiencia que concurre en este caso.

#### **QUINTO.- Desestimación del motivo**

En el caso que nos ocupa, resulta que la sentencia recurrida considera acreditado: 1) que fue el recurrente el que procedió, sin el consentimiento de la recurrida, a la venta de la vivienda familiar, ganancial en el 74,26%, para amortizar el préstamo de una sociedad mercantil de la que los litigantes ya no eran socios, aunque sí hipotecantes y avalistas solidarios; 2) no consta reclamación de la deuda por parte de la entidad financiera acreedora, ni la situación de insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria, que justificara anticipar el pago del crédito que no se encontraba vencido; 3) el propio recurrente comunica a la recurrida, mediante correo electrónico, un supuesto acuerdo de cesión de una vivienda por parte del socio y administrador único de la mercantil deudora como contraprestación de la liquidación del préstamo social, con la obligación del recurrente de amortizar un préstamo hipotecario de 40.000 euros que gravaba aquel inmueble; no obstante,



durante el proceso desmiente tal operación, aunque se encuentra en posesión de dicha vivienda, aportando un contrato de alquiler formalizado en documento privado.

Es cierto, que la jurisprudencia ha interpretado el párrafo tercero del art. 1844 del CC, en el sentido de que, si no consta que el pago no fue imprudente, ni prematuro, ni malicioso, el fiador podrá reclamar de los cofiadores la parte que le corresponde; pero, en este caso, tal pago fue "apresurado y falto de diligencia", según declara la sentencia recurrida.

En este sentido, la sentencia 442/2015, de 23 de julio, proclama, en un supuesto en el que constaba que la deudora principal había cerrado sus instalaciones, y que el pago beneficiaba a los otros cofiadores por la quita obtenida de la deuda, que:

"1. El alegato que entiende infringida la doctrina jurisprudencial del art. 1844, párrafo tercero del Código Civil, además de no cumplir con las exigencias establecidas en el art. 477.2.3º LEC para que pueda invocarse interés casacional, al no citar más que una sola sentencia de esta Sala, la resolución citada, la núm. 736/2001, de 9 de julio, sienta doctrina totalmente contraria a la alegada en el motivo.

"Así, el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia, siguiendo la STS de 16 de julio de 1999, se expresa en los siguientes términos: "[...] es doctrina consolidada de esta Sala la de que la exigencia del párrafo 3º del artículo 1844 del Código Civil, que tiene su razón de ser en evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa por parte del fiador que pagó, deja en absoluto de tener virtualidad (por pérdida de la 'ratio legis' que la justifica) cuando el pago realizado por un fiador es beneficioso para todos, ante la evidencia de la deuda y la conveniencia de no incurrir en mayores responsabilidades en caso de dar lugar a la demanda judicial, como ocurre en el presente supuesto litigioso,... ( STS 16 de julio de 1999)". Para, a continuación, citar otras muchas en el mismo sentido de 29 de noviembre de 1997, 24 de mayo de 1994, 4 de mayo de 1993 y 7 de junio de 1991.

"2. La sentencia recurrida hace buen uso de la jurisprudencia recaída en torno al párrafo tercero del art. 1844 CC, de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el art. 3.1 CC, al no ser "viable la aplicación simplista [del precepto] por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora a la deudora principal y que ésta no esté formalmente declarada en quiebra...-, por lo que procede la reclamación, en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, y pueda resarcirse el que ha arrastrado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, en la cuantía proporcional correspondiente" ( STS de 2 de diciembre de 1988 ). En el presente caso quedó acreditado el cierre de las instalaciones de la deudora principal, de un lado, y el beneficio que reportó al resto de los cofiadores la quita que obtuvo la parte demandante, por otro".

No obstante, en el caso que nos ocupa, a diferencia del contemplado en la precitada sentencia 442/2015, de 23 de julio, no resulta de la sentencia recurrida, ni se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la venta de la vivienda familiar de naturaleza ganancial, en la que los hijos comunes, además, satisfacían sus necesidades de habitación, cuando la propia parte recurrente niega la contraprestación consistente en la cesión en pago de una vivienda, titularidad del socio único de la mercantil prestataria, para explicar el anómalo proceder del recurrente de liquidar anticipadamente el préstamo ajeno.

Por último, señalar que la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal ( art. 1822 CC); ahora bien, incluso en el supuesto de la denominada "fianza solidaria" no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada ( sentencias de 2 de octubre de 1990, 600/2020, de 12 de noviembre y 116/2021, de 3 de marzo).

En este sentido, la sentencia n.º 770/2002, de 22 julio, cuya doctrina ratifica la más reciente 600/2020, de 12 de noviembre, proclama que:

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



En definitiva, no consta reclamación de pago de la deuda por parte del acreedor, ni situación de insolvencia o de falta de liquidez de la sociedad prestataria, ni justificación alguna del beneficio que, para los litigantes, supuso el pago anticipado de la deuda garantizada.

Por todo ello, no podemos considerar infringido el art. 1844 III del CC, como pretende la parte recurrente, la cual, de considerar que la sentencia dictada por el tribunal provincial incurre en el vicio de incongruencia, la debió impugnar por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal ( art. 469.1.2.º en relación con el art. 218.1 LEC) por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia.

**SEXTO.- Costas y depósito**

La desestimación de los recursos interpuestos conduce a la imposición de costas ( art. 394 y 398 LEC), así como a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir ( disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ).

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

Se desestiman los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por D. Alejo contra la sentencia 736/2021, de 2 de septiembre, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación 304/2021, con imposición de costas de ambos recursos, y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.