



Roj: **STS 5626/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5626**

Id Cendoj: **28079110012015100713**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2015**

Nº de Recurso: **2246/2013**

Nº de Resolución: **761/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 467/2013,**  
**STS 5626/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Hilario , representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> María José Barabino Ballesteros y asistido por el letrado D. Miguel Ángel Ara Murillo, contra la sentencia núm. 198/2013 dictada el diez de mayo de dos mil trece, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación núm. 171/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 160/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Girona, sobre reclamación de cantidad, rescisión de compraventa por fraude de acreedores y cancelación de inscripción registral. Ha sido parte recurrida D. Roberto , representado ante esta Sala por el procurador D. Pablo Oterino Menéndez y asistido por el letrado D. Juan Carlos Izquierdo Morcillo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia.**

**PRIMERO** .- El procurador D. Carlos Javier Sobrino Cortes, en nombre y representación de D. Roberto , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Hilario y D<sup>a</sup> Milagros en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que, con íntegra estimación de la presente demanda:

»En cuanto a la acción de repetición ejercitada:

» A.- Se condene a Hilario a abonar a mi principal la suma de ochenta mil ochocientos sesenta y nueve euros con cincuenta céntimos (80.869,50 ?) más con sus intereses legales, computados desde la fecha de interposición de la presente demanda y las costas causadas en relación con el ejercicio de la Acción de Repetición.

» En cuanto a las Acciones de Nulidad y Rescisorias o Paulianas:

» B.- Se declare, alternativamente, bien la nulidad compraventa formulada mediante la Escritura de Compraventa otorgada el día 17 de diciembre de 2009 ante el Notario de Cassá de la Selva, D. Pascual Malo Cantarino por ser simulada y, consecuentemente, carecer de causa, o bien declarando su rescisión por tratarse de una compraventa realizada en fraude de acreedores, imponiéndose a ambos demandados las costas derivadas del ejercicio de las acciones de nulidad y pauliana.

»Y, en cuanto a la Acción de Nulidad o Cancelación de Asiento registral de dominio:



»C) Disponga la cancelación del asiento de dominio practicado a favor de Milagros en el Registro de la Propiedad nº Uno de los de Girona de esta ciudad sobre la finca registral nº NUM000 de debiendo (sic) dirigirse a tal efecto mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad una vez sea firma la sentencia que se dicte».

**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 16 de enero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Girona y fue registrada con el núm. 160/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**TERCERO.-** La procuradora D<sup>a</sup>. Esther Sirvent Carbonell, en representación de D. Hilario y D<sup>a</sup> Milagros , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] se dicte sentencia absolviendo a los demandados de la demanda en su contra interpuesta y todo ello con expresa condena en costas del procedimiento a la parte demandante».

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Girona, dictó sentencia de fecha veinte de diciembre de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Javier Sobrino Cortés en nombre y representación de D. Roberto , debo declarar y declaro la rescisión de la compraventa realizada el 17 de diciembre de 2009 por Hilario como comprador y D<sup>a</sup> Milagros como vendedora, en relación a la finca registral nº NUM000 , inscrita al folio NUM001 del Libro NUM002 de Llagostera, volumen 2595, mandando cancelar, una vez firme la presente resolución, la inscripción cuarta derivada del negocio jurídico que ahora se rescinde y ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre costas».

#### **Tramitación en segunda instancia.**

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D. Hilario y D<sup>a</sup> Milagros , de una parte, y por D. Roberto , de otra. Ambas partes se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 171/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 198/2013 en fecha diez de mayo de dos mil trece , cuya parte dispositiva dispone: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Hilario y D<sup>a</sup> Milagros y que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Roberto , ambos contra la sentencia dictada en fecha 20/12/2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona , en el juicio ordinario nº 160/2012 del que dimana el presente rollo, procede:

»Revocar en parte la expresada resolución, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de D. Roberto contra D. Hilario condenando al mismo, a pagar a dicho demandante la cantidad de 80.869,50, más el correspondiente interés desde la fecha de interposición de la demanda euros (sic), con imposición de costas a los demandados.

»Las costas de esta alzada se impondrán a los apelantes cuyo recurso ha sido desestimado y no se hará pronunciamiento expreso respecto de las costas del recurso de apelación que ha sido estimado».

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

**SEXTO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Rosa Llum Fernández Feliu, en representación de D. Hilario , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º de LEC , por infracción del artículo 218.1 de la LEC denunciando incongruencia » .

«Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , por infracción del artículo 216 en relación con el 465.5 de la LEC denunciando vulneración del principio de justicia rogada».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , denunciando la aplicación indebida del art. 1210.3 del Código Civil .»

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , denunciando la falta de aplicación del art. 1838 del Código Civil ».

**SÉPTIMO.-** 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 uno de julio de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue: «1.- Admitir los recursos extraordinario



por infracción procesal y de casación interpuestos por Don Hilario , contra la sentencia dictada con fecha 10 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 171/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 160/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona.

» 2.- Entréguese copia de los recursos interpuestos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

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

**NOVENO.-** Por providencia de 26 de octubre de 2015, 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 17 de diciembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- El 19 de junio de 2006 la "Caixa d'Estalvis de Girona" (en lo sucesivo, Caixa Girona) concedió al hoy recurrente, D. Hilario , un préstamo por importe de 136.000 euros. Para garantizar la devolución de dicho préstamo, D. Roberto , hoy recurrido, y Dª Leticia , madre de D. Hilario y en aquel momento pareja de D. Roberto , hipotecaron la vivienda de que eran copropietarios, que fue tasada a efectos de subasta en 302.915 euros.

D. Hilario dejó de abonar las cuotas del préstamo a finales de 2009, y Caixa Girona promovió en 2010 un procedimiento de ejecución hipotecaria por una deuda de 133.918,26 euros de principal, en el que se subastó el inmueble hipotecado, del que era copropietario D. Roberto . Caixa Girona se adjudicó el inmueble objeto de la ejecución hipotecaria en la cantidad de 161.739 euros, y lo cedió a un tercero.

En diciembre de 2009, D. Hilario había vendido la vivienda de la que era propietario (que evidentemente no era la hipotecada) a su hermana Milagros , por un precio de 36.000 euros, de los que la compradora retuvo 35.098 euros para liberar la hipoteca que gravaba esta vivienda, cuyo valor catastral era de 192.262,13 euros.

2.- A principios de 2012 D. Roberto interpuso demanda contra D. Hilario y Dª Milagros . En lo que aquí interesa, reclamaba a D. Hilario el pago de 80.869,50 euros, a que ascendía la mitad del importe por el que el inmueble había sido adjudicado en la subasta del proceso hipotecario, al considerar que era fiador en el préstamo pues, para garantizar tal préstamo, había hipotecado la vivienda de la que era propietario en un 50%. En la demanda, invocaba el art. 1838 del Código Civil y alegaba que se trataba de una acción de repetición.

También ejercitaba la acción de nulidad por simulación y, subsidiariamente, la de rescisión por fraude de acreedores, respecto de la venta que D. Hilario hizo de su vivienda a su hermana Milagros , poco después de dejar de pagar el préstamo respecto del que D. Roberto , junto con quien en aquel momento era su pareja, había constituido la hipoteca, y poco antes de que se iniciara el proceso de ejecución hipotecaria. Como consecuencia de lo anterior, solicitaba que se cancelara la inscripción de esta transmisión en el Registro de la Propiedad.

3.- D. Hilario , al contestar la demanda, negó que el demandante hubiera intervenido en el préstamo hipotecario como fiador, puesto que intervino como hipotecante no deudor, que es una figura jurídica diferente del fiador, por lo que no era aplicable el régimen jurídico de la fianza. Al no tener el Sr. Roberto la cualidad de fiador que se atribuía en la demanda, carecía de legitimación activa para ejercitar la acción de repetición ejercitada en la demanda.

Alegó asimismo que los hermanos Milagros Hilario y su madre, cuando esta era pareja de D. Roberto , habían contribuido a la mejora de la vivienda hipotecada y finalmente subastada, y que si dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario fue por las dificultades económicas que le afectaron, y D. Roberto se negó a ayudar al Sr. Hilario pese a percibir una pensión de 1.400 euros mensuales con la que podía pagarse las cuotas del préstamo, y se negó también a vender el piso de su propiedad por la cantidad que entonces se le ofrecía, lo que determinó que finalmente fuera subastado y adjudicado por una cantidad inferior.

Se opuso también a la estimación de las acciones de nulidad por simulación o, subsidiariamente, de rescisión por fraude de acreedores, respecto de la venta del piso de su propiedad a su hermana.



4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la reclamación de cantidad formulada por el Sr. Roberto frente al Sr. Hilario , pero estimó la acción rescisoria que formuló frente a los hermanos Milagros Hilario , y no hizo expresa imposición de las costas de primera instancia.

En lo que aquí interesa, el Juzgado consideró que el demandante, Sr. Roberto , no era fiador del préstamo concedido por Caixa Girona al Sr. Hilario , pues no había avalado con todos sus bienes presentes y futuros la deuda de un tercero, sino que era hipotecante no deudor, dado que había constituido una carga sobre un inmueble de su propiedad (una hipoteca) para responder frente al acreedor solo con ese bien y hasta el importe de la responsabilidad hipotecaria. Por tal razón, carecía de legitimación activa para reclamar sobre la base del art. 1838 del Código Civil , pues pese a la dificultad que entraña la relación entre la figura del fiador y del tercer hipotecante, este, si paga, se subroga en las acciones que el acreedor hipotecario tiene contra el deudor, lo que no permite aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca.

5.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue apelada tanto por D. Roberto , que impugnó la desestimación de la reclamación de cantidad formulada a D. Hilario y la no imposición de costas a D<sup>a</sup> Milagros pese a la estimación plena de la acción dirigida contra esta, como por los hermanos Milagros Hilario , que impugnaron la estimación de la acción rescisoria respecto de la venta de la vivienda que D. Hilario hizo a D<sup>a</sup> Milagros .

La Audiencia Provincial desestimó el recurso formulado por los hermanos Milagros Hilario , pues consideró correctamente estimada la acción rescisoria por fraude de acreedores y la cancelación de la transmisión en el Registro de la Propiedad. Este pronunciamiento ha sido consentido pues D<sup>a</sup> Milagros no ha recurrido la sentencia y el recurso de su hermano Hilario no impugna este pronunciamiento.

Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por D. Roberto . Este había insistido en su recurso en su condición de fiador, pues había intervenido para garantizar la devolución del préstamo, si bien su responsabilidad se limitaba a lo que pudiera obtenerse con la subasta del inmueble del que era copropietario, por lo que debía ser estimada la reclamación que había formulado contra el deudor por la ejecución de la hipoteca. Y alegaba que si se consideraba que la acción procedente no era la de repetición reconocida al fiador, por aplicación del principio "iura novit curia" y con base en los mismos hechos alegados en la demanda, debía estimarse la reclamación al ser hipotecante no deudor.

La Audiencia Provincial afirmó que se trataba de un supuesto de hipotecante por deuda ajena, con derecho a subrogarse en la posición del acreedor en virtud del 1210.3º del Código Civil, pues concurre la misma "ratio" que en el caso del fiador, para el cual existe una previsión específica en el art. 1839 del Código Civil , subrogación a la que tiene derecho tanto en caso de pago voluntario del crédito garantizado por la hipoteca como en caso de realización forzosa del inmueble hipotecado.

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial consideró que con base en los mismos hechos alegados en la demanda, podían modificarse las calificaciones jurídicas realizadas por el demandante sin que se infringiera el principio de congruencia ya que no se alteraba la causa de pedir. Por ello consideraba que el Juzgado de Primera Instancia había actuado incorrectamente al desestimar la reclamación por no haberse invocado la fundamentación jurídica acertada, pese a reconocer la existencia del crédito del prestatario frente al hipotecante no deudor cuyo inmueble fue subastado para pago de la deuda.

Asimismo, la Audiencia Provincial desestimó las alegaciones que los hermanos Milagros Hilario habían realizado respecto de las posibilidades que el Sr. Roberto tuvo de impedir la ejecución hipotecaria.

Como consecuencia de lo anterior, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimó plenamente la demanda y condenó a los hermanos Milagros Hilario al pago de las costas de primera instancia.

6.- D. Hilario ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, si bien referidos exclusivamente al pronunciamiento que afecta a la estimación de la reclamación de cantidad formulada por D. Roberto contra D. Hilario , y a la condena de este al pago de las costas de primera instancia.

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

#### **SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.**

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así: « *Al amparo del art. 469.1.2º de LEC , por infracción del artículo 218.1 de la LEC denunciando incongruencia*».

2.- Los argumentos que se exponen como fundamento del motivo son, en síntesis, que la Audiencia Provincial incurre en incongruencia puesto que en la demanda se ejerció la acción de repetición que el art. 1838 del Código Civil atribuye al fiador, cuya cualidad afirmaba ostentar el demandante y mantuvo en el recurso de



apelación, y el recurrente fue condenado con base en el art. 1210.3º del Código Civil, que regula una acción de subrogación. Con ello, la Audiencia Provincial habría modificado los hechos, pues el demandante afirmaba ser fiador y la Audiencia Provincial ha considerado que no era fiador, sino hipotecante no deudor, y acudió a unos fundamentos de derecho diferentes de los alegados por el demandante. La Audiencia Provincial ha resuelto sobre una acción distinta de la ejercitada y ha provocado indefensión, pues la única resolución posible era la que determinara si era procedente o no la acción de repetición contra el demandado.

### **TERCERO.- Decisión de la Sala. Congruencia y cambio del punto de vista jurídico.**

1.- Como primera cuestión, ha de dejarse claro que la Audiencia Provincial no ha modificado los hechos alegados en la demanda, puesto que para adoptar su decisión ha partido de la narración fáctica contenida en tal escrito, en síntesis: que Caixa Girona concedió a D. Hilario un préstamo, que D. Roberto y D<sup>a</sup> Leticia hipotecaron su vivienda para garantizar la devolución del préstamo, y que como este fue impagado, Caixa Girona ejecutó la hipoteca y la vivienda que era propiedad de D. Roberto y D<sup>a</sup> Leticia fue adjudicada a una tercera persona en 161.739 euros.

La afirmación que hace la demanda de que el demandante era un fiador no es un hecho, sino una calificación de la posición jurídica que el demandante ostentaba respecto del préstamo en el que intervino para garantizar su devolución. Por tanto, la Audiencia, al afirmar que el demandante no era fiador sino hipotecante no deudor, no modifica los hechos de la demanda, sino que les da una valoración jurídica diferente.

2.- El motivo del recurso plantea la espinosa cuestión de los límites de la aplicación del principio "iura novit curia", y, en concreto, si el cambio de punto de vista jurídico supone la vulneración del principio de congruencia que actualmente recoge el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que tiene incluso anclaje en el art. 24 de la Constitución, en cuanto que la incongruencia puede suponer una vulneración del derecho de defensa.

3.- No existe controversia en que el demandante intervino como garante en el préstamo que Caixa Girona otorgó a D. Hilario. Tampoco es discutido ahora (lo fue en la instancia) que tal intervención lo fue en calidad de hipotecante no deudor, esto es, en calidad de propietario de un inmueble que lo hipotecó para garantizar el pago de la deuda asumida por un tercero, como prevé el inciso final del art. 1857 del Código Civil cuando afirma que « [l]as terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes ».

El hipotecante no deudor « no debe al acreedor hipotecario la prestación asegurada, ni siquiera como fiador, con independencia de que responda con el bien hipotecado por lo que constituye una deuda ajena y de que el valor del mismo pueda ser realizado a instancia del acreedor hipotecario para satisfacer su derecho, mediante el ejercicio de la acción correspondiente » ( sentencia núm. 334/2006, de 30 de marzo ).

Por tanto, la figura tiene en común con la fianza y con la pignoración hecha a favor de tercero, que se trata de garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas. Y también que cuando el garante paga la deuda, se convierte, por este hecho, en acreedor del deudor principal, tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero.

4.- El criterio que inspira la regulación de las garantías prestadas por terceros para el pago de una obligación ajena consiste en procurar que la garantía asumida no origine al garante sino los perjuicios mínimos e inevitables. Para ello se le facilitan una serie de recursos para que pueda recuperar lo que hubiere satisfecho por causa de la garantía asumida, en el sentido más amplio, comprensivo tanto de la asunción de una garantía personal, como la fianza, como de la constitución de una garantía real sobre un bien de su propiedad, sea una hipoteca o una prenda.

5.- Hemos dicho que tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en acreedor del deudor principal, y que el ordenamiento jurídico establece mecanismos para que pueda cobrar esa deuda y resarcirse en lo posible del quebranto patrimonial que le supuso tener que hacer frente con sus bienes al pago de la deuda garantizada.

En la fianza, una vez que el fiador ha realizado el pago de la obligación de fianza (denominada "fideiusoria"), por lo general con el mismo contenido que la obligación afianzada, el fiador tiene frente al deudor principal el derecho de reembolso o regreso ( art. 1838 del Código Civil ), y la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor ( art. 1839 del Código Civil ). El fiador dispone de ambas acciones, respecto de las que esta Sala ha declarado que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del fiador. Por tanto, el Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir.



**6.-** Sin embargo, en el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede recuperarse el hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada para evitar que su inmueble sea objeto de ejecución hipotecaria, o cuando dicha ejecución tiene lugar y pierde el bien en la subasta (o en la adjudicación al ejecutante cuando la subasta queda desierta), con cuyo producto se satisface, en todo o en parte, al acreedor hipotecario.

La solución ha sido encontrada por la doctrina y la jurisprudencia en el art. 1210.3 del Código Civil, que prevé la subrogación « *cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación [...]* ». Se considera que dado que el "interés" de que habla el precepto debe manifestarse en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que esta afecte y que comporte la conveniencia de su cumplimiento, tal interés concurre en el caso del hipotecante no deudor, dueño de la cosa sobre la que se ha constituido la garantía real de la obligación asumida por el deudor no hipotecante. El hipotecante no deudor, aunque no tenga interés en la relación obligatoria, sí la tiene en el cumplimiento de la obligación, que evita la ejecución de la hipoteca constituida sobre su inmueble y la pérdida del mismo.

Pero la aplicación del art. 1210.3 del Código Civil procede no solo cuando el hipotecante no deudor paga voluntariamente la deuda garantizada con la hipoteca para evitar la subasta de su inmueble en el proceso de ejecución hipotecaria, sino también cuando el pago se realiza mediante la venta forzosa del bien en subasta, o la adjudicación al ejecutante, en el proceso de ejecución hipotecaria. Así lo ha declarado la sentencia de esta Sala 18/2009, de 3 de febrero, que tras justificar la aplicación del art. 1210.3 del Código Civil para fundar la procedencia de la acción subrogatoria del hipotecante no deudor frente al deudor no hipotecante, afirma:

*« [...] es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquélla ».*

**7.-** De lo anteriormente expuesto pueden deducirse que tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó.

Ciertamente, el mecanismo activado por una y otra acción es distinto, y cierto es también que en la hipoteca a favor de tercero no está prevista la posibilidad de ejercitar la acción de reembolso o regreso, como sí lo está en la fianza. Pero también lo es que ambos mecanismos comparten características comunes: vinculación con la existencia de una garantía prestada a favor de un tercero, hecho determinante de su procedencia (el pago hecho por el garante), finalidad perseguida (resarcir al garante que ha pagado por el deudor principal). Asimismo, las características comunes de la hipoteca o la prenda a favor de tercero y de la fianza justifican que en ocasiones se haya denominado "fiador real" a quien constituye una garantía real sobre un bien propio a favor de una deuda ajena (así ocurrió en la sentencia de esta Sala 313/2014, de 18 de junio), o que se haya dado un tratamiento común a la fianza y a la prenda o la hipoteca constituida a favor de tercero en ámbitos tales como el de las acciones de reintegración concursales.

**8.-** En la demanda, en la que se alegaba ejercitar una acción de reembolso (repetición, se decía en la demanda) del art. 1838 del Código Civil, el demandante, hipotecante no deudor, solo reclamaba al demandado, deudor no hipotecante, el pago de la parte del crédito del acreedor hipotecario que había resultado satisfecha con su bien, esto es, la mitad de la cantidad por la que Caixa Girona se adjudicó el bien hipotecado, dado que el demandante era titular de su mitad indivisa. Por tanto, el contenido real de la reclamación realizada podía ser el del apartado primero del art. 1838 del Código Civil, pero también el de una acción subrogatoria del art. 1210.3º del Código Civil, puesto que en esta el garante puede reclamar del deudor principal la cantidad que ha satisfecho al acreedor en cuya posición se subroga. En todo caso, los términos en que había sido formulada la pretensión eran más favorables para el demandado, puesto que de haber hecho uso de todas las posibilidades que le otorgaba la subrogación prevista en el art. 1210.3º del Código Civil, el demandante, al subrogarse en la misma posición del acreedor, podía haber exigido los intereses de demora estipulados en la escritura de préstamo, y sin embargo solo solicitó los intereses legales desde la interposición de la demanda. Parece evidente que ese tratamiento más favorable para el demandado no puede tomarse en consideración en contra de los intereses del demandante.

Por tanto, la estimación de esta pretensión de la demanda ha respetado los hechos y el contenido material de la pretensión. Lo que se ha modificado es la fundamentación jurídica de la pretensión, en el sentido de que



en vez de aplicarse el art. 1838 del Código Civil , que sustenta la acción de reembolso, se ha aplicado el art. 1210.3º del Código Civil , que sustenta la acción subrogatoria.

**9.-** La sentencia de esta Sala núm. 361/2012, de 18 de junio , declaró sobre el cambio de punto de vista jurídico y las exigencias del principio de congruencia:

*« Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio iura novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia ( STS 3-4-01, RC. 669/96 ), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión ( art. 24 de la Constitución ), en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda ( SSTS 23-12-04, RC. 3393/98 , y 5-3-07, RC. 1412/00 )».*

Más recientemente, la sentencia 654/2015, de 19 de noviembre , ha declarado al respecto:

*« No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal , debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento. Sin embargo, lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, puesto que conforme al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo relevante son los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada, pueden ser objeto de su defensa. Además, el segundo párrafo del mismo precepto establece que "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes" » .*

En el caso objeto del recurso, la Sala considera que no se ha producido una alteración de los términos del debate que haya causado indefensión al recurrente. Como se ha explicado, tanto la acción de repetición como la acción subrogatoria son medios previstos por el ordenamiento jurídico para una misma finalidad, como es evitar que quien ha garantizado la deuda asumida por un tercero, y asume la cualidad de acreedor de ese deudor principal, no resulte perjudicado por haber tenido que pagar dicha deuda, por lo que la norma jurídica aplicada se encuentra en un mismo ámbito normativo con relación a la norma invocada en la demanda. Y ese era el fundamento de la acción ejercitada por el demandante, que había pagado por el deudor principal, al ser adjudicada su vivienda a un tercero en la ejecución hipotecaria, y que por tal razón era ahora acreedor del demandado, deudor principal en la deuda garantizada mediante la hipoteca constituida sobre la vivienda del demandante y su pareja.

No es cierto que esa modificación del punto de vista jurídico haya provocado indefensión al hoy recurrente, como este sostiene, pues no es correcto afirmar que la contestación a la demanda se basara únicamente en la falta de legitimación del demandante para la interposición de dicha acción (que en el fondo no es otra cosa que afirmar que el precepto legal que podía servir de sustento a la pretensión ejercitada no era el invocado, art. 1838 del Código Civil , sino el art. 1210.3º del Código Civil ), puesto que se realizaron otras alegaciones distintas de la mera invocación del error del demandante al invocar los preceptos en que fundaba su acción. Lo determinante para que existiera indefensión no es que el demandado alegara la incorrección de la invocación de ciertos preceptos legales para fundar la demanda y del "nomen" dado a la acción ejercitada, y tal alegación no haya sido estimada. Lo determinante habría sido que a causa de esta incorrecta invocación de preceptos legales y de esta incorrecta denominación de la acción, el demandado hubiera formulado medios de defensa que eran útiles frente a la acción correspondiente a esos preceptos legales pero no frente a la efectivamente ejercitada y estimada en la sentencia, y, por el contrario, no hubiera alegado los medios de defensa que serían útiles y pertinentes para defenderse de la acción tal como fue estimada en la demanda. Y esto no ha ocurrido en el presente caso.

El recurrente aduce que, de haberse afirmado en la demanda que se ejercitaba la acción subrogatoria, podría haber alegado en su defensa que el demandante habría podido evitar la ejecución de la hipoteca haciendo frente al pago de la deuda por otros medios, como la transmisión del bien hipotecado para con su producto pagar la deuda o hacerlo con su pensión o que el demandante tenía también interés en la obligación garantizada. El argumento no es admisible, pues tales alegaciones no solo fueron efectivamente realizadas en la contestación en la demanda, sino que además son inanes, puesto que si el demandante hubiera pagado la deuda del modo alegado por el hoy recurrente, también tendría acción contra el demandado para recuperar



lo que pagó. Otras carecieron de suficiente concreción y de prueba que las sustentara, como es el caso del supuesto interés del demandante en la obligación garantizada.

**10.-** Por tanto, lo acaecido es simplemente que en la demanda no se acertó en la invocación del precepto legal que fundaba la pretensión del demandante y en la denominación que se dio a la acción ejercitada. Pero ese error de técnica jurídica, en una materia compleja en la que la regulación legal no prevé una solución específica y clara para el hipotecante no deudor que ha perdido su bien en la ejecución hipotecaria, no desdibujó la pretensión ejercitada ni la cuestión que se estaba debatiendo. Tampoco privó al demandado de la posibilidad de defenderse. El tribunal de apelación no modificó los hechos ni la pretensión formulada en la demanda, y no acudió a una fundamentación jurídica que pudiera considerarse sorpresiva o "extravagante" en relación con la que había sido utilizada en la demanda, pues ambas se enmarcaban dentro de los remedios que el ordenamiento jurídico prevé para que el tercero garante pueda resarcirse frente al deudor principal del quebranto patrimonial sufrido al haber satisfecho el crédito garantizado, una vez que el pago de la deuda principal le ha convertido en acreedor del deudor garantizado.

Acceder a la impugnación formulada por el demandado y estimar que se ha infringido el principio de congruencia supondría magnificar un simple error sin mayor trascendencia, pues habría bastado cambiar en la demanda la mención "acción de repetición" por "acción subrogatoria", y la cita del art. 1838 del Código Civil por la del art. 1210.3º del Código Civil, manteniendo igual el resto de la demanda. Se denegaría al demandante la satisfacción de su legítimo derecho pese a que ambas sentencias de instancia dejan clara la existencia del crédito del demandado Sr. Hilario para con el demandante Sr. Roberto, una vez que con el producto de la enajenación del inmueble de su propiedad se canceló parte de la deuda que aquel tenía con Caixa Girona, y la inexistencia de motivos que enerven la obligación del Sr. Hilario de dejar indemne al Sr. Roberto del quebranto patrimonial sufrido por la pérdida de su vivienda en la ejecución hipotecaria provocada por el impago por el Sr. Hilario del préstamo hipotecario, dado que dicho error no ha privado al demandado de la posibilidad de defenderse, como efectivamente ha hecho, sin que se haya alegado la existencia de motivos de defensa que habrían enervado la procedencia de la acción del art. 1210.3º del Código Civil y que no habrían podido ser alegados por haberse invocado el art. 1838 del Código Civil en la demanda.

**11.-** Esta fue la solución adoptada por la Sala en la sentencia 710/2014 de 15 diciembre, que resolvió un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se planteaba la misma cuestión. En la demanda se decía ejercitar una acción de reintegro contra la deudora y los fiadores, con fundamento en los artículos 1838, 1839 y 1844 del Código Civil, pese a que los demandantes no eran fiadores, sino hipotecantes no deudores. Los tribunales de instancia condenaron a los demandados a pagar a los demandantes la parte de deuda satisfecha con los inmuebles subastados, pues al hacerlo se subrogaron en la posición de la acreedora frente a los fiadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1210, regla tercera, del Código Civil. La Sala, en esa sentencia, rechazó la alegación de los recurrentes de que se había producido incongruencia porque la acción ejercitada en la demanda y la acción que había sido estimada como fundamento de la condena eran totalmente distintas en sus presupuestos y consecuencias, y que se habían infringido las normas del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del 24 de la Constitución Española.

**12.-** Lo expuesto lleva a la conclusión de que el cambio de punto de vista jurídico realizado por la sentencia de la Audiencia Provincial no ha infringido la exigencia de congruencia del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que se han respetado plenamente los hechos y la pretensión formulada, y la fundamentación jurídica utilizada se ubica en el mismo ámbito normativo que la invocada en la demanda, sin que haya impedido a la parte demandada formular las oportunas alegaciones de defensa.

#### **CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.**

**1.-** El epígrafe con que se inicia el segundo motivo de este recurso es del siguiente tenor: « *Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, por infracción del artículo 216 en relación con el 465.5 de la LEC denunciando vulneración del principio de justicia rogada* ».

**2.-** Alega el recurrente que la sentencia ha desconocido el principio de justicia rogada en el ámbito del recurso de apelación pues ha condenado en costas a D. Hilario, cuando en el recurso de apelación no se ha impugnado expresamente el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en el que no se hacía expresa imposición de las costas respecto de dicho demandado, pues solo se impugnó la no imposición de las costas a la otra demandada.

#### **QUINTO.- Decisión de la Sala. Improcedencia de aplicar con excesivo formalismo los principios de justicia rogada y de congruencia**

**1.-** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pese a estimar plenamente la pretensión dirigida frente a D<sup>a</sup> Hilario, que era la relativa a la acción rescisoria de la compraventa y consiguiente cancelación de la





inscripción registral del cambio de titularidad dominical, no le impuso las costas. Fue esa la razón de que, en relación a esta codemandada, la única impugnación que hizo el demandante en su recurso de apelación estuvo referida al pronunciamiento sobre costas, puesto que pese al vencimiento total de dicha demandada, no se le había condenado al pago de las costas.

2.- Contra el otro demandado, D. Hilario , el demandante, además de la acción dirigida conjuntamente contra D<sup>a</sup> Milagros , que había sido plenamente estimada, formuló otra pretensión, la de ser resarcido por la pérdida de su inmueble en la ejecución hipotecaria. Esta pretensión fue desestimada.

Al impugnar este pronunciamiento absolutorio en el recurso de apelación, el demandante estaba solicitando que su demanda fuera plenamente estimada también frente a tal demandado. Dicha estimación íntegra de la demanda lleva consigo la condena en costas, salvo que concurren las circunstancias excepcionales que el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que el caso presente « *serias dudas de hecho o de derecho* »).

3.- Esta Sala ha declarado (sentencias de 21 de diciembre de 1992, recurso núm. 1588/1990 , y 234/1997 de 22 de marzo) que la imposición de costas en caso de vencimiento total ha de hacerse de oficio, aunque no se solicite por la parte, por venir impuesta por un precepto de Derecho necesario. No hay incongruencia si se condena en costas al litigante perdedor sin haberse solicitado por el vencedor.

También ha declarado la Sala que en el recurso de apelación, la facultad de revisión plena de los aspectos fácticos y jurídicos del litigio que tiene la Audiencia se encuentra limitada por la imposibilidad de entrar a conocer o decidir sobre los extremos que hayan sido consentidos por las partes por no haber sido objeto de impugnación, entre los cuales puede encontrarse el pronunciamiento sobre costas ( sentencia 455/2006, de 8 de mayo ).

De ello se deriva que si el apelante no impugna el pronunciamiento al que se vincula la imposición o no imposición de costas, y tampoco impugna autónomamente el propio pronunciamiento sobre las costas, la Audiencia Provincial incurriría en incongruencia si modificara la imposición o no imposición de costas hecha por el Juzgado de Primera Instancia.

Pero si el apelante impugna el pronunciamiento al que se anuda la imposición o no imposición de las costas, la estimación de tal impugnación permite al tribunal de apelación pronunciarse sobre la imposición o no imposición de las costas aplicando los criterios establecidos en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al pronunciamiento que sustituye al revocado. Por eso, una vez que el demandante ha impugnado la absolución del codemandado D. Hilario de la pretensión formulada en la demanda para que este pagara al demandante una determinada cantidad, absolución que determinó que no se hiciera expresa imposición de las costas de primera instancia respecto de este demandado, pues se había estimado otra pretensión formulada contra él por lo que la estimación de la demanda había sido parcial, la estimación del recurso, la condena a D. Hilario al pago de la cantidad reclamada y la consiguiente plena estimación de la demanda formulada contra D. Hilario que ello traía consigo, permitía a la Audiencia formular el correspondiente pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, consistente en su condena en costas, ante la inexistencia de serias dudas de hecho o de derecho, por exigirlo el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Al hacerlo, la Audiencia Provincial no vulneró el art. 216 ni el art. 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El recurso incurre también en este extremo en un exceso de formalismo que pretende convertir la Ley de Enjuiciamiento Civil en una especie de ley de ritos y fórmulas sacramentales, y no en la regulación racional del ámbito procesal en que han de dirimirse los litigios ante los tribunales, que debe organizar y potenciar las posibilidades de alegación y prueba de las partes, permitiendo que de antemano estas conozcan las reglas que han de regir la discusión de sus pretensiones, pero que no puede llevar a que simples defectos de estilo u olvidos intrascendentes conlleven la pérdida del litigio por quien lleva razón en su pretensión sustantiva, porque ello sería incompatible con los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico, en concreto el que propugna la justicia como uno de sus valores superiores ( art. 1 de la Constitución ) y el que establece el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva ( art. 24 de la Constitución ).

4.- La procedencia de desestimar el motivo del recurso resulta más evidente si se tiene en cuenta que en varios pasajes de su recurso de apelación, el demandante solicitó que se condenara a D. Hilario al pago de la cantidad reclamada en la demanda y al pago de las costas de primera instancia.

#### **Recurso de casación.**

#### **SEXTO.- Formulación de los motivos del recurso de casación.**

1.- Los epígrafes de los dos motivos del recurso de casación formulados son los siguientes: «*Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , denunciando la aplicación indebida del art. 1210.3 del Código Civil* ». «*Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , denunciando la falta de aplicación del art. 1838 del Código Civil* ».



2.- En los motivos se vuelve a denunciar la incongruencia en la que ha incurrido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, puesto que debió aplicar el art. 1838 del Código Civil, que fue el invocado en la demanda, y consiguientemente desestimar la demanda al no haberse constituido una fianza, sino una hipoteca, y no ser el demandante fiador, sino hipotecante no deudor; y no debió aplicarse el art. 1210.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la demanda no se invocó el derecho de subrogación que tenía el demandante, como hipotecante no deudor, tras la subasta del bien hipotecado, que el recurrente califica como « evidente ». En ambos motivos, el recurrente transcribe parcialmente varias sentencias de Audiencia que consideran posible estimar la pretensión del hipotecante no deudor sobre la base de lo previsto en el art. 1210.3º del Código Civil, aunque haya sido invocado en la demanda el art. 1838 del Código Civil, frente a otras que consideran que ello no es posible porque supondría incurrir en incongruencia, y asimismo alega que se le ha producido indefensión pues no ha podido defenderse de una acción de subrogación.

**SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Improcedencia de plantear en el recurso de casación la incongruencia de la sentencia recurrida por aplicar preceptos legales distintos de los invocados en la demanda.**

1.- La infracción que se denuncia en los motivos de casación consiste en que la Audiencia Provincial aplicó un precepto legal no invocado en la demanda, aunque adecuado para estimar la pretensión formulada con base en los hechos expuestos en la demanda, y no aplicó el precepto legal invocado en la demanda, que debiera haber llevado a la desestimación de la demanda puesto que dicho precepto no sustentaba la pretensión del demandante, al no ser este un fiador sino un hipotecante no deudor.

2.- Lo planteado no es la infracción de las normas legales aplicables para resolver la cuestión objeto del proceso, única que puede ser planteada en el recurso de casación ( art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) sino la infracción del principio de congruencia establecido en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sido ya planteada y resuelta en el recurso extraordinario por infracción procesal, y que no puede ser objeto del recurso de casación, lo que debe llevar a su desestimación.

**OCTAVO .- Costas y depósitos.**

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

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

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Hilario contra la sentencia núm. 198/2013 dictada el diez de mayo de dos mil trece, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación núm. 171/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 160/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Girona.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.