



Roj: **STS 1453/2001** - ECLI: **ES:TS:2001:1453**

Id Cendoj: **28079110012001101431**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2001**

Nº de Recurso: **138/1996**

Nº de Resolución: **167/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO ROMERO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil uno.

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Segunda de la 11<sup>ta</sup>. Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número UNO de Totana, sobre nulidad de contrato de donación, cuyo recurso fue interpuesto por DON Esteban, DOÑA Yolanda, DOÑA Laura, DON Silvio y DON Marco Antonio, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en el que es recurrido BANCO DE ALICANTE, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Lanchares Larre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Totana, fueron vistos los autos de menor cuantía 133/92, seguidos entre partes, de una como demandante Banco de Alicante, S.A. y de otra y como demandada Don Esteban, Doña Yolanda, Don Marco Antonio, Don Silvio y Doña Laura, sobre nulidad de escritura de donación.

1.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... a fin de que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia en su día por la que: Primero. Se declare que la donación efectuada por Don Esteban y Doña Yolanda, en favor de sus hijos Don Marco Antonio, Don Silvio y Doña Laura, formalizada ante el Notario de Lorca Don Sebastián Fernández Rabal, el día 28 de Octubre de 1.991, es inexistente por simulación absoluta.- Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.- Se ordene cancelar las inscripciones y asientos registrales efectuadas a favor de los donatarios de las fincas descritas en esta demanda, objeto de dicho acto simulatorio.- Segundo. Con carácter subsidiario de las peticiones anteriores, y para el caso de que sena desestimadas, se declare la rescisión de la donación citada en el apartado primero por fraude de acreedores.- Condene a los demandados a estar y pasar por esta declaración.- Ordene la cancelación de las inscripciones y asientos registrales efectuadas a favor de los donatarios de las fincas descritas en esta demanda, objeto de dicho acto simulatorio.- Tercero. En cualquiera de las dos pretensiones anteriores, se condene expresamente a los demandados al abono de las costas que se originen en este procedimiento". Asimismo solicitaba el recibimiento del pleito a prueba.

2.- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte actora se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... y previos los oportunos trámites dicte sentencia por la que se desestimen las acciones planteadas, y absuelva a mis mandantes de todos los pedimentos formulados de adverso, e imponga las costas al actor, con lo demás que proceda". Asimismo solicitaba el recibimiento del juicio a prueba.

3.- Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 21 de Noviembre de 1.994, cuyo fallo es como sigue: "FALLO.- Que con estimación del pedimento primero y principal del suplico de la demanda formulada por la



representación procesal de Banco de Alicante, S.A. contra Don Esteban , Doña Yolanda Don Marco Antonio , Don Silvio y Doña Laura , debo declarar y declaro que la donación efectuada por Don Esteban y Doña Yolanda en favor de sus hijos, Don Marco Antonio , Don Silvio y Doña Laura , formalizada ante el Notario de Lorca Don Sebastián Fernández Rabal el día 28 de Octubre de 1.991, es inexistente por simulación absoluta, debiendo ser declarada, como se declara, nula radical, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y ordenando cancelar las inscripciones y asientos registrales efectuados a favor de los citados donatarios de las fincas registrales números NUM000 , Tomo NUM001 , fol. NUM002 vlto. y NUM003 , Tomo NUM004 , fol. NUM005 , ambas inscritas en el Registro de la Propiedad número NUM006 de Lorca y de las registrales NUM007 , al Tomo NUM008 , Libro NUM009 , folio NUM010 ; NUM011 , Libro NUM012 de Mazarrón, folio NUM013 ; NUM014 , al Tomo NUM015 , Libro NUM012 de Mazarrón, folio NUM016 ; NUM017 , al tomo NUM015 , folio NUM018 y NUM019 , al Tomo NUM020 , Libro NUM012 de Mazarrón, folio NUM021 , todas éstas inscritas en el Registro de la Propiedad de Totana y sin entrar a conocer del segundo de los pedimentos de la demanda, articulado con carácter subsidiario, con desestimación así mismo de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, articulada por la parte demandada, devolviéndosele a ésta parte los informes periciales presentados con su escrito, registro de entrada 12 de Noviembre de 1.994, y con expresa imposición de las costas causadas a dicha parte demandada".

En fecha 25 de Enero de 1.995, se dictó auto aclarando la anterior sentencia en el siguiente sentido: "Que debía aclarar y aclaraba el fallo de la sentencia de fecha 21 de Noviembre de 1.994, dictada en las presentes actuaciones, en el sentido de que debe entenderse sustituida la mención de la finca registral NUM007 , tomo NUM008 , Libro NUM009 , folio NUM010 por la de finca registral nº NUM007 , tomo NUM008 , Libro NUM009 , folio NUM022 , así como que las fincas registrales que se dicen, en dicho fallo, pertenecen al Registro de la Propiedad de Totana, debe entenderse que lo son del Registro de la Propiedad de Mazarrón".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Sección Segunda de la Itma. Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia en fecha 21 de Octubre de 1.995, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Esteban , Yolanda , Laura , Silvio y Marco Antonio contra la sentencia dictada el 21 de Noviembre de 1.994 por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Totana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con imposición de las costas a la parte recurrente".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Ortiz-Cañavate y Puig-Mauri, posteriormente sustituido por su compañera, Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Don Esteban , Doña Yolanda , Doña Laura , Don Silvio y Don Marco Antonio , se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- "Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en entender esta parte la sentencia recurrida ha incidido en infracción de artículo 533-6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Segundo.- "Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la sentencia recurrida, ha incidido en la infracción de los artículos 1.261 y 639 del Código Civil".

Tercero.- "Al amparo del ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto, en entender de esta parte, la sentencia recurrida ha incidido en infracción del artículo 1.294 del Código Civil"

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por el Procurador Sr. Lanchares Larre, en la representación que ostentaba de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día NUEVE de FEBRERO, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Banco de Alicante formuló demanda contra D. Esteban y su esposa D<sup>a</sup> Yolanda , así como contra los hijos de ambos D. Marco Antonio , D. Silvio y D<sup>a</sup> Laura interesando se declarara la inexistencia, por simulación absoluta (y subsidiariamente, se acordase su rescisión por fraude de acreedores) de la donación efectuada el 28 de Octubre de 1991 por los citados cónyuges a favor de sus hijos.

El Juzgado de Primera Instancia acogió el pedimento primero y principal de la referida demanda y declaró la inexistencia solicitada, así como la cancelación de las inscripciones registrales y asientos efectuados a favor de los donatarios, y sin entrar a conocer del segundo de los pedimentos, articulado con carácter subsidiario, condenó en costas a la parte demandada.



Recurrida dicha resolución por los demandados, fué confirmada por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- El presente recurso se interpone a través de tres motivos, el primero de los cuales, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 533.6º de esta norma dada la incompatibilidad existente entre los conceptos de nulidad radical y de rescisión, lo que hace inviable el planteamiento de ambas acciones, ya en forma conjunta, ya con carácter subsidiario.

El motivo debe ser rechazado, pues no parece existir obstáculo serio al ejercicio subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores, para el caso de que fuese desestimada la acción principal en la que se interesaba la declaración de inexistencia de la donación de litis, por simulación absoluta de la misma. A mayor abundamiento, es de advertir que el Juzgado ni siquiera entró en la consideración de la acción subsidiaria, dado que a través de un detenido estudio de la controversia llegó a la conclusión de que, efectivamente, la donación llevada a cabo constituía un caso evidente de simulación absoluta. Por otra parte, de la única sentencia citada por los recurrentes en apoyo de su impugnación parece deducirse que dicha resolución realmente no excluye el ejercicio alternativo de las acciones de invalidez y de rescisión, sino que únicamente niega la posibilidad de que la declaración de invalidez de un contrato permita que se acoja también la acción rescisoria, por la incompatibilidad que por sus fundamentos y efectos ofrecen los conceptos jurídicos de nulidad y de rescisión para referirlos a un mismo negocio jurídico. Debe recordarse que otras sentencias, además de las que cita la recaída en primera instancia, admitieron el ejercicio ad cautelam, condicional y subsidiario de la acción de rescisión, por si no prosperaba la principal de nulidad por simulación ( SS. de 28 de Enero de 1892, 19 de Diciembre de 1916, 12 de Marzo de 1919 y 2 de Junio de 1927).

A ellas ha de añadirse la de 3 de Febrero de 1993, citada por Banco de Alicante en su escrito de impugnación del recurso que igualmente es favorable a la posibilidad de tal planteamiento.

TERCERO.- El segundo motivo, con la misma cobertura procesal que el anterior, denuncia la infracción de los artículos 639 y 1261 del Código Civil, señalando que el primero de ellos faculta al donante para reservarse el derecho a disponer de alguno de los bienes donados, sin que ello suponga la ausencia de un desplazamiento patrimonial ni que no exista, en consecuencia, causa del negocio, pues de hecho el donatario se beneficia del disfrute de los bienes en tanto la reserva no se usa y si la misma no llegare a ser utilizada, resultará tan beneficiado como si la donación se hubiere realizado sin reserva alguna.

En consecuencia, se dice, la sentencia impugnada no solo infringe este precepto, sino también el 1261, pues la donación de litis obedece al ánimo de liberalidad de los donantes.

Para valorar esta argumentación, resulta conveniente tener en cuenta que la donación a que nos referimos forma parte de una actuación plural de los demandados ahora recurrentes, que de acuerdo con la relación de hechos que se contiene en la sentencia del Juzgado y que ha sido totalmente acogida por la Audiencia Provincial puede resumirse así:

A) El Banco de Alicante había concedido a través de póliza de fecha 6 de Marzo de 1991 un crédito al matrimonio Silvio - Yolanda , por plazo de un año, reservándose el Banco la facultad de cerrar la cuenta en cualquier tiempo, con el único requisito de notificarlo por carta o telegrama a dichos cónyuges. Cuando lo tuvo a bien, hizo uso el Banco de dicha facultad y en consecuencia interpuso demanda de juicio ejecutivo en reclamación de 14.352.339 pts. de principal y 6.000.000 pts. que se calculaban para intereses, costas y gastos.

El 11 de Noviembre de 1991 se practicó la diligencia de requerimiento de pago y se procedió al embargo de diversas fincas que anteriormente figuraban inscritas a nombre de los cónyuges deudores.

B) Se comprobó, entonces, que cuatro de las fincas objeto de traba se hallaban afectas a una hipoteca unilateral voluntaria de fecha 25 de Octubre del mismo año, constituida por los demandados a favor de diversas entidades financieras, entre ellas el Banco de Alicante, por importe de 81.288.000 pts. de principal, 26.994.000 pts. para intereses de 3 años y 22.260.000 pts. para costas y gastos.

Algunas entidades acreedoras aceptaron dicha hipoteca, pero no sucedió lo mismo con el Banco demandante, pues solo se reconocía a su favor una deuda limitada a 15.000.000 de pts. que era la cantidad a que ascendía el crédito concedido en la póliza ya mencionado, y se establecía además el plazo de 10 años para pago de todas las deudas a que se refería la garantía constituida.

C) Asimismo, no fué posible la anotación registral del embargo respecto a siete de las fincas, por hallarse inscritas las mismas a nombre de los tres hijos del matrimonio Silvio - Yolanda , como consecuencia de escritura de donación otorgada el 28 de Octubre de 1991.

D) En cuanto a esa donación se hace preciso resaltar las siguientes circunstancias:



- a) Fué precedida de la emancipación de la hija menor del matrimonio, que contaba 17 años de edad, a través de escritura pública de la misma fecha, a la que corresponde el número protocolar inmediatamente anterior al de la de donación.
- b) En la cláusula E de este último instrumento se contiene la prohibición de los donatarios de disponer de los bienes donados sin consentimiento de los donantes, quienes se reservan dicha facultad de disposición.
- c) El donante, según se manifiesta en el escrito de contestación a la demanda siguió al frente de su actividad y de las explotaciones agrarias correspondientes a las fincas donadas, durante casi un año, no dándose de baja hasta el 30 de Septiembre de 1.992.
- d) El 1 de Octubre del año 1992 se constituyó una comunidad de bienes para la explotación de las fincas, pero al ser preguntados en confesión los tres hijos donatarios cerca de si dicha comunidad era la titular de las mencionadas fincas o si éstas pertenecían a los hermanos por terceras partes contestaron que no lo sabían. Algo análogo sucedió en la confesión de la madre D<sup>a</sup> Yolanda , pues al ser preguntada sobre si habían donado a sus hijos tales bienes respondió igualmente que no sabía.
- e) Cabe señalar, finalmente, que al practicarse la diligencia de embargo antes mencionada, los cónyuges Silvio - Yolanda silenciaron que quince días antes habían otorgado la escritura de donación que es objeto de controversia.

CUARTO.- A la vista de cuanto queda expuesto, en las sentencias de instancia se llega a la conclusión de que la causa de la referida donación no fue la de liberalidad a que se refiere el artículo 1274 del Código Civil, pues los cónyuges deudores únicamente estaban tratando de poner los bienes objeto de la misma fuera del alcance de las reclamaciones de sus acreedores. Falta, pues la causa característica del contrato otorgado, el cual responde a una simple apariencia de disposición de bienes que no encubre o disimula ningún otro tipo contractual, de ahí que haya de ser calificada de lógica y coherente la interpretación que de los hechos acreditados en autos han realizado los Tribunales de instancia y la consiguiente declaración de inexistencia por simulación absoluta de la donación.

Dicha valoración no infringe en absoluto lo dispuesto en el art. 639 del Código Civil, como se denuncia en el recurso.

Sin duda puede toda donante reservarse la facultad de disponer de algunos bienes donados, como establece el precepto mencionado pero aparte de que en el caso de autos dicha reserva afectó a la totalidad de ellos, los múltiples otorgamientos realizados por el matrimonio Silvio - Yolanda (constitución unilateral de hipoteca, emancipación de la hija menor de edad, donación) junto con su retención de la tenencia de los bienes y la total ignorancia de sus hijos acerca de la titularidad que pudieran ostentar sobre ellos, son llamativas circunstancias que están poniendo de relieve que no se produjo ni siquiera una transferencia de posesión que pudiera comportar algún beneficio para los supuestos donatarios que según el comentario doctrinal reproducido textualmente en el recurso fuera susceptible de servir de soporte al ánimo de liberalidad que resulta imprescindible para que cualquier donación pudiese ser tenida como realmente existente.

Por otra parte, como señala la sentencia de primera instancia, tanto la hipoteca unilateral que fué aceptada por algunos acreedores como la donación que otorgaron los cónyuges demandados debilitaron de forma relevante su responsabilidad patrimonial, pues las fincas no afectadas por las mismas carecen por diversas circunstancias de valor patrimonial suficiente para cubrir el principal del crédito del Banco demandante y de sus intereses, gastos y costas. Además, según ya se ha indicado, la eventual aceptación habría significado una novación realmente perjudicial, ya que la misma no sólo no cubría la totalidad del crédito que ostentaba, sino que, además, introducía una demora de diez años en su efectividad.

De cuanto antecede se desprende que el motivo ha de ser rechazado.

QUINTO.- El tercer motivo, también al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del art. 1294 del Código Civil.

Se alude por los recurrentes a que los artículos 1111 y 1291.3º del Código Civil disponen que los contratos en fraude de acreedores son rescindibles cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que les es debido. Sin embargo, la prueba pericial revela que los bienes embargados por el Banco de Alicante sobre fincas no afectadas ni por la donación ni por la hipoteca unilateral tienen un valor de 27.189.000 pts. y que las objeto de dicha hipoteca han sido tasadas en 141.579.272 pts. y responden de créditos que solamente ascienden a 81.800.000 pts.

Sin duda se está haciendo referencia a través de una denuncia de la infracción de un artículo (el 1294) que no ha sido invocado por las sentencias de instancia, a una falta de interés y por tanto de legitimación del Banco de Alicante para el ejercicio de su acción principal, que es la que ha sido estimada por dichas resoluciones.



No obstante la sentencia del juzgado de primera instancia (cuyos argumentos han sido íntegramente aceptados por la de apelación) ha realizado un detenido estudio de esta cuestión en su Fundamento de Derecho séptimo llegando a la conclusión (a que ya nos hemos referido) de la falta de entidad de dichos bienes para cubrir totalmente el crédito del actor reconocido en la sentencia de remate que puso fin al juicio ejecutivo inicialmente instado por el mismo. A su vez en el Fundamento jurídico octavo ha apreciado la falta de objetividad del perito informante, que deduce de la circunstancia de que para concretar sobre el terreno cuales eran las fincas sobre las que habría de versar su informe no recabó la colaboración de los propietarios de las colindantes ni de personas ajenas al proceso, sino exclusivamente la del propio demandado, por lo que no se considera fiable que le fueran mostradas las que realmente debían de ser objeto de pericia.

Dado que la casación no puede ser convertida en una tercera instancia en la que llegue a ser sustituida por la interesada del recurrente la valoración de la prueba que se ha llevado a cabo en la sentencia impugnada cuando la misma sea lógica y razonable, como en el presente caso sucede, debe ser rechazado este último motivo del recurso.

SEXTO.- En cuanto a costas había de estarse a lo prevenido en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que corresponda.

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

### FALLAMOS

Se rechaza el recurso de casación interpuesto por D. Esteban , Doña Yolanda y Doña Laura , Don Silvio y D. Marco Antonio contra la sentencia dictada el veintiuno de Octubre de mil novecientos noventa y cinco por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía nº 133/92 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Totana.

Se condena a los recurrentes al pago de las costas y la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal que corresponda.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, 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 Secretario de la misma, certifico.