



Roj: **SAP MA 3570/1999 - ECLI:ES:APMA:1999:3570**

Id Cendoj: **29067370041999100645**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **12/11/1999**

Nº de Recurso: **491/1998**

Nº de Resolución: **847/1999**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA N°847**

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA

Sección 4ª

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

D. FÉLIX LOPEZ CRUZ

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZG. N° 2 DE TORREMOLINOS

ROLLO DE APELACIÓN N° **491/1998**

AUTOS N° 4/1997

En la Ciudad de Málaga a doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto, por la Sección 4ª de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Menor Cuantía seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso Jose Luis que en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. CASTRILLO AVISBAL, MARIA y defendido por el Letrado D. CLEMENTE MOLERO, JOSE RAMON. Es parte recurrida Ariadna que está representado por el Procurador D. GARRIDO SANCHEZ, TERESA G. y defendido por el Letrado D., que en la instancia ha litigado como parte demandante.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 30-3-98, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Hidalgo Mairena, en nombre y representación de Dña. Ariadna, asistida del Letrado D. Jose Mª Fidalgo Latorre, contra D. Jose Luis, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Eulalia Duran Freire, asistido del Letrado D. Jose Ramón Clemente Molero, debo declarar y declaro: 1º Que procede traer a la masa hereditaria de D. Isidro todos los bienes muebles dejados por el causante a la fecha de su muerte (30-3-1996), de los cuales tomó posesión el demandado D. Jose Luis. 2º Que es inexistente, por carecer de causa, y nulo por estar otorgado en fraude de la legítima materna, el contrato de compraventa otorgado D. Isidro y D. Jose Luis contenido en la escritura pública de fecha 13 de febrero de 1996, mediante el cual D. Isidro transmitió a D. Jose Luis la mitad indivisa de dos fincas urbanas, concretamente de la casa núm. NUM000, de la calle de DIRECCION000, en Marbella (inscrita en el Registro de la Propiedad N° 2 de Marbella, finca n° NUM001 antes NUM002 -



al libro NUM003 , tomo NUM004 , folio NUM005 , inscripción NUM006 Venta); y del local comercial núm. NUM006 - NUM007 , de la avenida DIRECCION001 , en Marbella (inscrita en el Registro de la Propiedad N° 2 de Marbella, finca n° NUM008 -duplicado- al libro NUM003 , tomo NUM004 , folio NUM009 , inscripción NUM010 Venta). 3° - Que procede cancelar las inscripciones registrales practicadas en méritos del documento público que contiene el contrato declarado nulo. Las concretas inscripciones a cancelar son las siguientes: En el Registro de la Propiedad N° 2 de Marbella: la inscripción NUM006 Venta., de la finca no NUM001 -antes NUM002 - obrante en el libro NUM003 , tomo NUM004 , folio NUM005 , que corresponde a URBANA. Casa número NUM000 , en la calle de DIRECCION000 , de esta ciudad, midiendo en toda su extensión setenta y un metros cuadrados de superficie, tiene un patio en el centro de nueve metros cuadrados de superficie y el resto está en habitaciones bajas y altas; tiene sobre las habitaciones de la espalda un granero que gravita sobre las mismas. Cuyo granero corresponde a la casa de la calle DIRECCION002 números NUM010 y NUM011 . - Linda: espalda, con la ya referida casa: por la derecha, con la casa de Don Federico ; por la izquierda, con otra de Antonieta , - y por el frente, con la mencionada calle DIRECCION000 . En el Registro de la Propiedad N° 2 de Marbella: la inscripción NUM010 Venta, de la finca n° NUM008 -duplicado- obrante en el libro NUM003 , tomo NUM004 , folio NUM009 , que corresponde a URBANA.- Local comercial número 2-14, que forma parte del conjunto integrado por seis edificios señalados con los números NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , y NUM017 , de la avenida DIRECCION001 en Marbella. Compuesto por dos plantas diáfanas baja -a nivel de planta sótano primero del conjunto-, y alta -a nivel de planta baja del edificio NUM016 -. Tiene una superficie de ciento noventa metros cuadrados, de la que noventa y cinco metros cuadrados corresponde a su planta alta y el resto a la baja. Se accede a él por su planta superior, y linda: a la derecha, con el local comercial número NUM018 ; a la izquierda entrando, con el local señalado con el número cinco situado en planta baja y sótano y que fue vendido a la señora Consuelo , - al fondo, con cuartos que son elementos comunes, con portal del edificio NUM016 , y el local antes dicho vendido a Doña Consuelo , - y al frente, con terreno no edificado y muro de cierre. 4°.- Que es inexistente, por carecer de causa, y nulo por estar otorgado en fraude de la legítima materna, el contrato de compraventa otorgado por D. Isidro y D. Jose Luis contenido en la escritura pública de fecha 26 de febrero de 1996, mediante el cual D. Isidro transmitió a D. Jose Luis la mitad indivisa de dos fincas urbanas, concretamente: de la parcela de terreno, situada en el termino municipal de Alhaurin de la Torre, en los partidos de Arenales, Santa María del Valle, La Sierra y Peñas Prietas. Esta señalada con el número NUM019 en el plano de la Urbanización -Hoy se corresponde con calle DIRECCION003 , nú. NUM019 , de la Urbanización DIRECCION004 de Alhaurin, y se ha edificado un chalet y otras construcciones - (inscritas en el Registro de la Propiedad N° 7 de Málaga, finca n° NUM020 -A, al libro NUM021 , tomo NUM022 , folio NUM023 y NUM024 , inscripción NUM006 Venta NUM025 ); y de la casa marcada con el número NUM026 en la calle DIRECCION005 del termino municipal de Alhaurin de la Torres (inscrita en el Registro de la Propiedad N° 7 de Málaga, finca n° NUM027 -duplicado- al libro NUM028 , tomo NUM029 , folio NUM009 , inscripción NUM010 Venta). 5° - Que procede cancelar las inscripciones registrales practicadas en méritos del documento público que contiene el contrato declinado nulo. Las concretas inscripciones a cancelar son las siguientes: En el Registro de la Propiedad N° 7 de Málaga: la inscripción NUM006 Venta 1/2, de la finca n° NUM020 -A, obrante en el Libro NUM021 , tomo NUM022 , folio NUM023 , que corresponde a URBANA.- Parcela de terreno, situada en el termino municipal de Alhaurin de la Torre, en los partidos de Arenales, Santa María del Valle, La Sierra y Peñas Prietas. Esta señalada con el número NUM019 en el plano parcelario de la Urbanización. Tiene tina extensión superficial de dos mil quinientos metros cuadrados, y linda: al Norte., con las parcelas números NUM030 y NUM031 , de la misma Urbanización; al Sur, con camino de acceso; al Este, con la parcela número NUM032 ; y al Oeste, con el número NUM033 , también de la misma Urbanización. Se forma por segregación de la finca matriz que aparece registrada bajo el número NUM006 . NUM034 , al folio NUM035 , del tomo NUM036 , inscripciones NUM037 y NUM006 En el Registro de la Propiedad N° 7 de Málaga: la inscripción NUM010 Venta 1/2, de la finca n° NUM037 . NUM038 -duplicado- obrante en el libro NUM028 , tomo NUM029 , folio NUM039 , que corresponde a URBANA.- Casa marcada con el número NUM026 en la calle DIRECCION005 del termino municipal de Alhaurin de la Torre, que mide una superficie de ochenta metros cuadrados y linda: por la derecha de su entrada con herederos de Héctor ; por la izquierda con Miguel Ángel , antes herederos del Señor Raúl ; y por la espalda con otra de Carlos que corresponde a la calle del DIRECCION006 . Sin cargas. 6ª - Que, una vez integrados todos los bienes en la masa hereditaria de D. Isidro ; D. Jose Luis debe entregar la mitad de los bienes hereditarios del causante, en concepto de legítima materna, a Dª Ariadna . Todo ello con imposición de costas al demandado. - Y desestimando la reconvenición formulada por D. Jose Luis , representado por la procuradora de los Tribunales Dña. María Eulalia Duran Freire, asistido del Letrado D. Jose Ramón Clemente Molero, no ha lugar a declaración de lo pedido en los puntos primero y segundo del suplico, absolviendo a la actora reconvenida Dña. Ariadna , representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Hidalgo Mairena, de las pretensiones contra la misma deducidas en la reconvenición, con expresa imposición de costas a la parte reconviniante"



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial, donde se ha formado rollo y turnado de ponencia. Cumplidos los trámites de personación e instrucción de las partes, se ha celebrado vista el día 2-11-99 donde las partes que comparecieron de conformidad con la Diligencia extendida al efecto, han expuesto las alegaciones que estimaron conducentes a su derecho.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales. Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS quien expresa el parecer del Tribunal.

### III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte apelante se alegó que solicitaba la declaración de donación remuneratoria y al actor como cónyuge supérstite, aceptando la declaración de inoficiosidad en lo que superara la legítima de la madre del fallecido. Invocó el artº 3 del C. Civil y el artº 14 de la Constitución Española.

Por la parte apelada se solicitó la confirmación de la sentencia y alternativamente que se aceptase la donación remuneratoria con reserva de legítima y declaración de cónyuge supérstite, pero trayendo a la masa hereditaria todos los bienes adquiridos durante la unión de hecho por el fallecido y el demandado, que tendrían la consideración de gananciales.

SEGUNDO.- De lo actuado se deduce, tal y como relata la sentencia de instancia, y convienen las partes, que :

1 .D. Isidro , hijo de la demandante y D. Jose Luis convivieron durante mas de treinta años como pareja homosexual, cual si de matrimonio se tratase, compartiendo vida, trabajo y ganancias.

2.D. Isidro falleció el 30 de marzo de 1996 consecuencia de una enfermedad, concretamente por infección V.I.H., conocida como síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

3.El día 13 de febrero de 1996, esto es un mes y medio antes de su muerte, D. Isidro otorgó testamento en el que instituía heredero de todos sus bienes al demandado (su pareja), legando a su madre la legítima.

4.Ese mismo día y ante el mismo notario otorgó contrato de compraventa con el demandado de la mitad indivisa de las dos fincas que constan en la sentencia de instancia.

5.Cuatro días antes de su fallecimiento otorgó el Sr. Isidro nuevo contrato de compraventa a favor del demandado de la mitad indivisa de otras dos fincas urbanas, descritas en la sentencia.

6.Los mencionados contratos, por conformidad de las partes, eran simulados.

TERCERO.- La sentencia de instancia una vez declarada la simulación, la califica de absoluta, al entender que se efectuó para defraudar los intereses legitimarios de la madre y dicha causa ilícita impide la calificación de la donación como remuneratoria.

Esta Sala entiende, a la vista de las pruebas practicadas, que el demandado y el Sr. Isidro convivieron durante la nada desdeñable cifra de 30 años, cual si de matrimonio se tratase, compartiendo vida, intimidad, bienes y negocios, razón mas que suficiente para que se pretenda dotar de una estabilidad económica a la pareja, máxime cuando ha sido contribuyente directo de la prosperidad económica, tratando de evitar que terceros, al socaire de una legislación desfasada disfruten de bienes en cuya generación no han participado.

Es mas, el Sr. Isidro falleció tras una larga enfermedad, en la que fue asistido emocional, material y afectivamente por el demandado, quien sufragó los gastos de entierro, lápida y esquila en prensa, lo que denota que cuando el Sr. Isidro efectúa las compraventas, en realidad no pretende un fin ilícito, sino compensar y recompensar al demandado en función del largo tiempo de vida en común y por la enfermedad que le postró y durante la que fue atendido sin reservas, pese a los riesgos que se sabe que conlleva el contacto diario con enfermos que padecen el síndrome mencionado, con las secuelas inherentes.

Por tanto, en aplicación del artº 1276 del Código civil , debemos declarar que pese a la expresión de una causa falsa en la compraventa, no podemos dar lugar a la nulidad por simulación absoluta, pues se perseguía un fin que las partes entendían lícito cual era donar remuneratoriamente al demandado los bienes que había contribuido a adquirir, y al tiempo que se gratificaba el celo y dedicación mostrado durante la enfermedad del Sr. Isidro .

Sobre la validez de la compraventa que simula una verdadera donación remuneratoria cabe citar la siguiente jurisprudencia: Tras dar por plenamente acreditado que lo realmente celebrado no fue un contrato de compraventa por la incuestionable inexistencia de precio, sino otro de donación de los artículos 618 y siguientes del Código Civil , la sentencia impugnada aplica, en relación con el artículo 1. 276 y con cita expresa del mismo, la doctrina de esta Sala que admite, al amparo de éste artículo, la validez de los negocios disimulados justificados por causa verdadera y lícita; existiendo en el caso unos servicios, que son los



remunerados, prestados por los demandados que figuran en el contrato como compradores, que constituyen la causa verdadera y lícita, conforme al artículo 1. 274.

T.S. (Sala 1ª). Sentencia 9 mayo 1988 . Actualidad Civil. Y en igual sentido la STS de 7-2-97

Por tanto, procede calificar la donación como remuneratoria, al amparo del artº 619 del C. Civil , al haberse efectuado a una persona por los méritos o servicios prestados al donante.

CUARTO.- Sentada la validez de la donación remuneratoria, también aceptada por la parte actora y apelada debemos declarar que la misma no puede perjudicar a la legítima de la actora, en cuanto madre, del fallecido Sr. Isidro , por ello es de aplicación el artº 654 del Código civil , por lo que las donaciones deberán reducirse en tanto sean inoficiosas, en cuanto al exceso, para evitar el perjuicio de la legitimaria.

Establecida la inoficiosidad, debemos concretar cuál sea la legítima de la demandante.

La actora al contestar a la reconvencción y en la nota de vista hizo constar que no se oponía que al demandado se le diese tratamiento de cónyuge supérstite.

El artº 809 del C. Civil establece que constituye la legítima reservada a los padres o ascendientes, a falta de hijos y descendientes, la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

Por tanto, no existiendo oposición de las partes en este extremo se ha de considerar, a efecto de reducir por inoficiosidad las donaciones, que la legítima de la parte actora es de una tercera parte de la herencia.

Este pronunciamiento no colisiona con el orden público, pues en diferentes normas se viene consolidando los derechos de los convivientes homosexuales, al no discriminar en función de la condición u orientación sexual, en este sentido el legislador redactó el artº 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 , y artº 2º.3 a) de LEY 11-12-1995, núm. 35/1995 DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. Ayudas y asistencia a las víctimas, y la Resolución del Parlamento Europeo de 8-2-94 (DOCE. C/61, 28-2-94) entre otras.

Recapitulando, hemos declarado la validez y la inoficiosidad de la donación remuneratoria, y tal y como pretendía el apelante, le reconocemos el tratamiento hereditario del cónyuge supérstite, por lo que la legítima de la actora es de la tercera parte de la herencia.

Pero como bien dice la parte demandante y apelada el tratamiento de cónyuge supérstite se le debe dar a todos los efectos, por lo que se habrán de integrar en la herencia la mitad del valor de la totalidad de los bienes adquiridos por el demandado y el Sr. Isidro , cual si fueren gananciales, excepto aquello que el demandado pueda probar su condición de privativos, dada la presunción de ganancialidad, extremos que se introducen en el debate en base a la reconvencción y en la contestación a la misma.

La Sala en este punto debe ser coherente con el ventajoso tratamiento que se le concede al demandado como cónyuge viudo, a los efectos de reducir la legítima de la demandante, que lo acepta, pero si se le ofrece la regulación cual si cónyuge, legalmente, fuese, le han de afectar el resto de las normas o bloque normativo, que se le aplican al cónyuge, cuales son las del régimen de gananciales, extremo que no acepta la parte apelante, y que debe ser rechazado por incoherente.

Esta incongruencia también fue detectada por el Juzgado de instancia, pero para provocar la desestimación de la reconvencción, causando con ello un resultado no acorde con el espíritu del legislador e interpretando las normas en contra de la realidad social ( artº 3 del C. Civil ).

QUINTO.- En conclusión declaramos la validez y la inoficiosidad de la donación remuneratoria, y tal y como pretendía el apelante, le reconocemos el tratamiento hereditario del cónyuge supérstite, por lo que la legítima de la actora es de la tercera parte de la herencia y habrán de integrarse en la herencia la mitad del valor de la totalidad de los bienes adquiridos por el demandado y el Sr. Isidro , durante los 30 años que duró la unión, cual si fueren gananciales, excepto aquellos que el demandado pueda probar su condición de privativos, dada la presunción de ganancialidad.

En función de ello, estimamos parcialmente demanda y reconvencción.

SEXTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación, y dada la complejidad de la cuestión litigiosa, no procede expresa imposición en las costas de las instancias. ( arts. 523, 710 y 896 LEC )

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS**



Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jose Luis , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Castrillo Avisbal contra sentencia de 30 de marzo de 1998 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torremolinos , dictada en los autos de referencia, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS LA RESOLUCION RECURRIDA, en el sentido de declarar la validez de las donaciones remuneratorias efectuadas bajo la forma de compraventa simulada relativamente, en relación con los bienes inmuebles descritos en el Fallo de la sentencia de instancia, reducibles por inoficiosidad, de forma que no perjudiquen la legítima de la actora que se concreta en la tercera parte de la herencia del difunto Sr. Isidro , en cuyo caudal hereditario se han de incluir la mitad del valor de los bienes que el referido y el demandado adquiriesen durante los 30 años de convivencia, salvo que el demandado demuestre su condición de privativos.

No procede expresa imposición de costas en las instancias.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de instancia. Contra la presente resolución cabe recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En el día de su fecha fue leída la anterior sentencia, por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.