



Roj: **SAP M 8387/2017 - ECLI:ES:APM:2017:8387**

Id Cendoj: **28079370142017100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **20/2017**

Nº de Resolución: **168/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO QUECEDO ARACIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 72, 22-07-2016,
SAP M 8387/2017**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0024286

Recurso de Apelación 20/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 468/2014

APELANTE: Dña. Fidela

PROCURADOR D. FELIPE SEGUNDO JUANAS BLANCO

APELADO: JUBIRENTE S.A.

PROCURADOR D. JULIAN CABALLERO AGUADO

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCÍA DE CECA BENITO

En Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete.

Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles sobre procedimiento Ordinario 468/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid, en los que aparece como parte apelante Dña. Fidela representada por el Procurador D. FELIPE JUANAS BLANCO y defendida por el Letrado D. ENRIQUE CALLIS PASCUAL DE POBIL, y como parte apelada JUBIRENTE S.A., representada por el Procurador D. JULIÁN CABALLERO AGUADO



y defendida por la Letrada Dña. MARÍA JUDITH VILÁ SAN CLAUDIO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 22/07/2016 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia N° 72 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 22/07/2016 cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que ESTIMANDO la demanda principal presentada por el Procurador Sr Caballero Aguado , en nombre y representación de Juribenta S.A contra Dª Fidela , y DESESTIMANDO la demanda reconventional presentada por el Procurador Sr Juanas Blanco , en nombre y representación de Dª Fidela contra Juribenta S.A , debo declarar que Juribenta SA - antes Renta Residencia Jubilados SA - es titular dominical plena de la vivienda sita en piso NUM000 de la casa N° NUM001 antiguo , NUM002 moderno de la TRAVESIA000 de Madrid , inscrita en el Registro de la Propiedad N° 4 de Madrid , al Tomo NUM003 Libro , Folio NUM004 , Finca N° NUM005 , debiendo Dª Fidela estar y pasar por dicha declaración, y elevar a público el documento privado de 4 de junio de 1997 de cesión de vivienda a cambio de alimentos suscrito entre Dª Coro y Juribenta S. A, librando, al efecto , mandamiento al Registrador de la Propiedad N° 4 de Madrid , para que proceda a la cancelación de la inscripción contradictoria y se proceda a la rectificación del asiento de inscripción del dominio de la finca registral NUM005 , Folio NUM004 , Tomo NUM003 a favor de Juribenta S.A. ; todo ello lo con expresa imposición de las costas procesales a Dª Fidela " .

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada Dña. Fidela , al que se opuso la parte apelada JUBIRENTA, S.A., y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 10 de mayo de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El debate

Jubirenta, S.A. interpuso demanda para que se declarara su titularidad sobre la vivienda sita en Madrid, TRAVESIA000 , NUM002 (antes NUM001) NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad N° 4 de los de esta Villa, finca NUM005 , tomo NUM003 , folio NUM004 a favor de la demandada por herencia de su tía, Doña Coro , solicitando asimismo la rectificación registral de la inscripción de dominio de la referida finca.

Causalizaba su pretensión en el contrato privado de cesión a su favor de la nuda propiedad con reserva de usufructo a cambio de alimentos, alojamiento, asistencia médica, y demás atenciones propias de una residencia geriátrica, suscrito por la actora y Dª. Coro , el 4-6-1997,

La demandada, sobrina y heredera abintestato de Dª Coro , se opuso negando la validez del contrato, por estimar que carecía de elementos necesarios para su autenticidad y reconvino en ejercicio de la acción de nulidad contractual, entendiendo dicho contrato como una donación remuneratoria, subsidiariamente acción de nulidad contractual, por vicio del consentimiento de la Sra, Coro , enferma, octogenaria, y dependiente totalmente de la parte actora.

Subsidiariamente, rendición de cuentas de los alquileres de la vivienda litigiosa cuyo usufructo se había reservado la causante

El Juez de Instancia estimo la demanda, y desestimo la reconvección

SEGUNDO.- Recurso del demandado

SEGUNDA.- FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO DE LA SENTENCIA. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO CONTROVERTIDO. ERROR EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EX ARTICULOS 217 LEC .



En cuanto a los requisitos formales del documento, sea cual sea su calificación o naturaleza. Error en la aplicación del Derecho. Contravención de lo establecido en los artículos 606 y 1279 , 1280 CC .

Debemos aquí discrepar con el juzgador a quo, al margen de la calificación que el demos a dicho contrato, de que éste, por ausencia de las formalidades legalmente exigidas, pueda constituir un medio jurídico eficaz para la traslación de dominio a la parte actora.

Cabe sobre este particular advertir que, tal y como expone el Código Civil, la transmisión de bienes inmuebles requiere el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y su efectividad frente a terceros, la inscripción registral a nombre del adquirente, ambos requisitos incumplidos por la parte actora, quien nunca procedió ni intentó, el otorgamiento de escritura alguna ni en consecuencia inscribió su pretendida titularidad "por transmisión"; por lo que la mera referencia a la existencia de ésta con base a un documento que esta parte considera falso, no podrá nunca justificar la estimación de la demanda ni el acogimiento de las ilegítimas pretensiones de la contraparte_

Así, el artículo 1280 del Código Civil establece que "deberán constar en documento público. l' Los actos y contratos que tengan por objeto la creación transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles".

Asimismo, el artículo 606 del Código Civil establece sin reservas: "Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".

Corno sea que la actora, ni otorgó escritura alguna con la Sra. Coro , ni se procedió a la inscripción de sus pretendidos derechos sobre la finca en el Registro de la Propiedad, no puede acogerse la "transmisión "o translación de dominio y/o derecho real alguno en virtud de ningún documento privado; que a la postre, y como se seguirá defendiendo en este recurso, resulta falso, nulo o inválido.

En dicho contrato, se hace traslación de un derecho real, la nuda propiedad sobre el inmueble, por lo que inevitablemente, debió revestir forma de escritura pública, so pena de ineficacia, ex artículo 1280 CC .

Sin ese requisito formal y totalmente necesario de conformidad con la ley, el contrato no puede surtir efectos, por lo que no podrá justificar la traslación de dominio, n1 entonces, en vida de la Sra. Coro , ni ahora, 15 años después de su fallecimiento, más si cabe cuando la actora tuvo oportunidad y facilidad de elevarlo a público en uso de la facultad conferida por el artículo 1279 CC , y sorprendentemente, no lo hizo nunca, ni en vida de la Sra. Coro , ni en vida de su entonces heredero legal, su hermano Francisco .

Esta facilidad y oportunidad, en manos de una empresa que, como quedó acreditado en autos, es titular de varias otras fincas de idéntica procedencia en la comunidad de Madrid; que cuenta con asesoría jurídica propia interna y que por tanto desprende la suposición de estar preparada y asesorada para hacer las cosas bien, choca frontalmente con la precariedad, ausencia de requisitos esenciales y acreditación del documento en que basa su título.

En este sentido, citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 29 de Julio de 2009 .

Se alude en este punto por el juzgador a quo que siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Octubre de 2002 , debe establecerse que no es necesaria la forma pública para la validez del contrato. No obstante, dicha doctrina no es aplicable al supuesto de autos, porqué parte de que el contrato es válido por concurrir los elementos necesarios para ello (ex artículo 1278 CC) y que esa validez puede probarse por otros medios.

No nos hallamos ante ese supuesto: la única prueba de esa transmisión es el repetido documento privado, sin *que* pueda existir prueba alguna acerca de la concurrencia del consentimiento real y capaz de la Sra. Coro al otorgarlo:

Sólo se pretende hacer valer el documento privado cuando la Sra. Coro ha fallecido, y ha fallecido también su hermano y eventual heredero legal, quien dicen que hizo de testigo, y a quien tampoco se le puede preguntar. Es importante este detalle: Jubirenta, S.A. (repetimos sociedad preparada y asesorada) pudo perfectamente instar la transmisión tras el fallecimiento de la Sra. Coro , Estando vivo su hermano, que pretendidamente actúe de testigo en ese documento, el trámite hubiera sido sencillo y sin obstáculos. Pero, a pesar de las carencias y precariedad del documento, esperó al fallecimiento de la única persona que teóricamente asistió a su hermana en la firma. Huelga comentarios, pero aparecen más sospechas.

Se le ha privado de la forma de escritura pública que hubiere permitido la intervención y juicio de capacidad de un Notario; algo absolutamente increíble cuando la relación de dependencia del anciano-enfermo de la



empresa gestora de la residencia, merecería una especial cautela en la forma de realizar estos actos, en sí mismos cuestionables.

Dicho acto traslativo de dominio nunca ha sido inscrito en el Registro ni se han liquidado los impuestos correspondientes a la transmisión, lo que reforzaría la idea de traslación de dominio a favor de la Residencia. Y si la causa de no liquidar fue el fraude de la AEAT, se hubiera escriturado cuatro años después del fallecimiento.

No existe ni una sola prueba, o la actora no la aportó como le correspondía por la reglas de la carga de la prueba, de ese consentimiento válido de la Sra. Coro , y por ende de la validez del contrato y su fuerza traslativa, más allá de un documento parcialmente en blanco, presuntamente firmado con una firma prácticamente ilegible, que los peritos no pueden aseverar que pertenezca a la Sra. Coro ; que no está firmado en todas sus folios; no consta la comparecencia del testigo; su firma no se encuentra en un espacio ordenado sino puesta de cualquier forma en el folio; y la declaración prestada por el personal de la propia Residencia, cuyo valor probatorio queda en entredicho precisamente por esa relación laboral.

No puede predicarse de la prueba practicada en los autos por tanto, que existan pruebas incontestables de ese consentimiento válido, por lo que la doctrina aplicada para liberar al contrato, sea cual sea, de la formalidad de escritura pública carece de aplicación en este concreto supuesto.

2.2.- EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. ERROR EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. CONTRAVENCIÓN DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 606 Y 1279, 1280 CC . ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ERROR EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EX ARTICULO 217 LEC .

Concluye el Juzgador *a quo* que el contrato controvertido constituye un contrato vitalicio, contrato no regulado en nuestro Derecho y anómalo o atípico, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados al cedente

Y aunque *prima facie* puede parecer ad, esta representación discrepa asimismo de dicha calificación, defendiendo, como se hizo en instancia, que el documento respondería a una donación remuneratoria.

Y ello por cuanto el valor de lo donado excede en mucho de la contraprestación pactada. Veamos:

Pese a que la redacción del documento está revestida de una aparente legalidad, y se expresa que se trata de un contrato de cesión por alimentos, tanto de su lectura, como y especialmente, de su confrontación con las disposiciones legales, se desprende claramente que su naturaleza es otra, afirmación que viene respaldada por dos argumentos:

El primero de ellos, porque el derecho a percibir alimentos, y su correspondiente obligación de procurarlos, se da únicamente entre parientes (artículo 142 y 143 del Código Civil) y tiene causa gratuita y no onerosa.

El segundo, porque de su contenido, se deduce claramente que nos hallamos ante una donación encubierta - siendo por tanto, el contrato, rubricado como cesión por alimentos, un contrato sin causa-:

"Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deuda exigibles o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor donado" (Artículo 619 CC).

En el presente supuesto, es evidente que no hay equivalencia entre las prestaciones entre las partes, por lo que se impone un gravamen superior a la Sra. Coro en méritos de aquel contrato, que le hace perder la equivalencia de contraprestaciones entre partes, y lo convierte en un contrato con causa gratuita. Veamos:

a) La Sra. Coro , presuntamente, a la edad de 85 años y por aquel contrato, se obligaba a la entrega de la nuda propiedad del piso de la TRAVESIA000 (cuyo usufructo se reservaba y se consolidaría a su fallecimiento), y de su pensión que percibía de la TGSS:

La vivienda, situada en el barrio del Centro de Madrid, el "Madrid de Los Austrias", tenía, y tiene en la actualidad, un valor muy superior a la expectativa del coste del mantenimiento de la Sra. Coro para la Residencia. Consta de una superficie de 61 metros cuadrados registrales, Documento 9 de la presente contestación- y 100 metros cuadrados catastrales, Doc. 34 de la contestación. Por la propia Comunidad de Madrid, a efectos catastrales y fiscales, se valoraba en el año 2013 -tras la bajada experimentada en valoraciones por la situación de crisis actual- en la cantidad mínima de 180.960 C. (Documento nº 35, de la contestación).

El valor de la nuda propiedad, tomando como base las reglas del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, era de 173.721'60 e (el usufructo tan sólo representa el 4% del valor), además de la expectativa de, a un corto-medio plazo, la consolidación de la propiedad, dado el avanzado estado de edad, deterioro y longevidad de la Sra. Coro .



Pero es que además, y por si fuera poco, la Residencia vio_ "completada" dicha donación con la pensión de jubilación mensual de la Sra. Coro . La pensión media mensual de la Sra. Coro , en todos los años acreditados por la TGSS era de 497 €. La Residencia se llevaba (detrayéndolo de su cuenta) 310 € E mensuales según sus propias manifestaciones en el hecho SEXTO b) del escrito de contestación a la reconversión.

En autos hay un extracto de 481,86 E del mes de Febrero de 2.002 (documento 11 de la contestación a la demanda), en cuyo mes la pensión según acreditación de la SS era de 467,48 E, por tanto se llevaban un 105% de la pensión. No hay más pruebas porque la Residencia se ha cuidado mucho de hacerlas desaparecer u ocultarlas. Tan sólo aporta tablas resumen, redactadas de forma unilateral y sin más acreditación, cuando lo fácil hubiera sido aportar justificantes de ingreso y facturas de conceptos cobrados, por lo que no ha cumplimentado debidamente la prueba que le compete.

Del oficio de la Tesorería General de la Seguridad Social, resulta que la Sra. Coro durante el periodo de 2000 a 2006, percibió de dicho organismo la suma de 39.173'48 €. Para los tres años anteriores (de 1997 a 1999) debe tomarse la cantidad devengada durante el año 2000, al carecer de justificación en el oficio de la TGSS, por ser dicha cantidad la más aproximada a la realidad, y que asciende para los tres años, 15.771'72 más, y en total 54.945'20 €.

La suma que la propia residencia admite haber retirado es de 34.100 E, aunque en su resumen la suma es menor (28.000 €) y en realidad es mayor porque detraían hipotéticos gastos sin comprobar por el importe total de la pensión, en suma 54.945'20 €.

Además, la Residencia (contraviniendo descaradamente la reserva de usufructo) alquilaba la vivienda y se quedaba con sus réditos. Dice la Residencia en sus escritos que el año 2.002 convinieron en que no tocarían la pensión, pero alquilarían a su favor la vivienda, algo que sin duda hicieron, pese a que no consta la aceptación de la Sra. Coro como usufructuaria de la misma en ni una sola prueba. El deber de la Residencia frente a estos actos, realmente comprometidos, pasaba obviamente por mantener la cautela de realizarlos dejando pruebas irrefutables de su legitimidad. No hay ni una. Pero si las hay en contra, porque si no debían tocar la pensión de la Sra. Coro desde el 2.002, la prueba del documento 11 referido, nos dice lo contrario y las disposiciones periódicas de los extractos del banco (de distintos y superiores importes también), por lo que la conclusión del juzgado a *quo* en cuanto a la falta de prueba de este extremo, no resulta ajustada, ya que esta parte si lo ha acreditado.

Pero es que a mayor abundamiento, dicha vivienda, parece que fue arrendada por la Residencia desde entonces -1997-, a tenor de los consumos de suministros, cuya renta debió percibir desde su inicio y percibe actualmente directamente la Residencia según el propio inquilino, desconociéndose en este momento su cuantía exacta y la naturaleza y circunstancias del arrendamiento.

Esa percepción indebida de las rentas toda vez que la facultad de goce y uso quedaba reservada para la Sra. Coro , ex artículo 471 y concordantes del Código Civil se ha consolidado hasta la actualidad.

De un estudio realizado en la zona se desprende que la arrendamiento medio de una finca de condiciones análogas, oscila entre las 535-940 € al mes, con una estimación de renta media de 777 € al mes. (Documento nº 36, de la contestación).

Desde el año 1997, la residencia percibe, por tanto, un alquiler mensual similar o aproximado al que resulta del informe. Esto es, durante más de 9 años pese a que las rentas eran de la usufructuaria, se percibieron más de 80.000 € de alquileres y desde su fallecimiento, hasta la actualidad, sin título suficiente alguno que justifique el percibo de dichas cantidades, otros 60.000 E.

La propia sentencia reconoce que la Residencia percibió durante la vigencia del usufructo unos 15.940 €, (FD 7 in fine).

En consecuencia, con lo expuesto, el gravamen impuesto a la Sra. Coro en aquel documento - si es que lo firmó- fue como mínimo y en el mejor de los casos para la Residencia de 244.606'80 €. (de los que 15.940 corresponden a alquileres indebidamente percibidos; 54.945'20 € a detracción de las pensiones percibidas de la Sra social al 100% (cuando en el documento el porcentaje está en blanco); y 173.721'60 € corresponde al valor de la nuda propiedad). Debe señalarse igualmente que por la edad de la Sra. Coro en aquel momento, 85 años, la expectativa de consolidación del usufructo no se auguraba por la residencia muy lejana.

Además, esa atribución de la nuda propiedad no tenía coste alguno para la residencia toda vez que consta un pacto por el que la Sra. Coro dice hacerse cargo de todos los gastos, impuestos y análogos de la finca, en contra de las normales obligaciones del nudo propietario, toda vez que son conceptos que ex lege debe sufragar la propiedad, (ex artículo 505 CC). La Sra. Fidela por tanto, pagaba las Comunidades, Ibis e incluso los recibos de suministros del piso, tal y como obra en sus libretas de ahorro, (Documento Nº 38).



El engaño y abuso de la Residencia es patente, y no obstante, se encuentra respaldado en la sentencia de instancia, sin duda debido a un error en la valoración de la ingente prueba que obra en las actuaciones.

b) Por otra parte, la Residencia se obligaba a sufragar el coste de la estancia de la Sra. Coro en sus instalaciones, y que por el total de los años desde la firma del contrato (1997) a su fallecimiento (2006) ascenderían a los sumo 155.782'44 € (según tarifas del año 2000 que obran en las actuaciones) y 232.848 €, según tarifas del año 2006; que hacen un coste total aproximado, porque el real no se ha acreditado por la residencia, de media de 194.315'22€.

Según la demandante, en residir se gastó una suma igual a 250.539,03 €, que en los 110 meses de estancia arroja una media mensual de 2.277,62 €, que es la que recoge la sentencia de instancia en su relato de hechos probados. No obstante, dicha cantidad no resulta indubitada, ya que para acreditar sus tarifas la actora solicitó oficio para la aportación de las listas oficiales de precios tasados de su Residencia a los departamentos oficiales de la Comunidad de Madrid, que contestó que no los tenía. Tan sólo se aportan los referentes del año 2.003. UN AÑO DE NUEVE, acreditado. Si tomáramos el precio marcado y comunicado a la Consejería en el año 2003, único real a los efectos del presente proceso, partiríamos de un precio teórico de 1.445 € mes, porque si bien los precios varían en función del tipo de habitación (individual o compartida) no se ha acreditado, más allá de los parciales e interesados testimonios del personal y directores de la Residencia que la Sra. Coro dispusiera de la habitación con más extras de la Residencia. Ante la falta de certeza, que solo puede perjudicar a la Residencia a quien competía su prueba, deberá tomarse el precio más bajo a los efectos de la presente liquidación.

Abundando esta tesis, la página web aportada por esta representación acredita unos precios muy distintos a los pretendidos por la Residencia: Efectivamente en el documento nº 41 de la contestación a la demanda aparece la publicidad de la Residencia, dirigida a cualquier usuario. Lamentablemente de 1.997 a 2.006 no aparece publicidad de la Residencia Santa Eugenia, pero los precios actuales (2014), obviamente superiores a los de entonces, dan una media de entre 1.501 € V 1.750 (doc. 41). Aunque nos quedáramos con la franja superior del abanico con precios de hoy, los 110 meses de la Sra. Coro ascenderían a la nada despreciable suma de 192.500 €, muy alejada de la que pretenden acreditar sin pruebas.

Por tanto, y ante la falta de acreditación exacta del importe de las tarifas de la Residencia - por otro lado prueba fácil para ésta, y que no ha completado- debió tomarse, por resultar el más equilibrado y justo y acorde a la prueba practicada, el de 1.445 € al mes, arrojan o por todo el periodo en que la Sra. Coro estuvo en la Residencia (los 110 meses) la suma de 158.950 €, y no de más de 250.000 € que recoge la sentencia de instancia, que da por buenos unos listados confeccionados por la parte y que no hacen prueba alguna de los precios, cuando, por el contrario, fácil le hubiere resultado a la contraparte acreditar sus tarifas, debiendo pechar sobre ésta las consecuencias de la falta probatoria establecidas en las reglas de la carga de la prueba.

Con esos valores (244.606,80 € de la Sra. Coro , y 158.950 € de la Residencia), el desequilibrio entre las contraprestaciones, y el gravamen superior a la Sra. Coro , se cifra, en el mejor de los casos para la Residencia, en más de 85.000 €, y ello tomando como valor de la vivienda como el mínimo fiscal, (entendiéndose que el real -por su situación y configuración física- es muy superior) e incrementándose aún más el desequilibrio, con la expectativa de hacer suya la vivienda a la extinción el usufructo, y la con toda probabilidad segura percepción de alquileres desde 1997 a 2004 que se da por no probada en la sentencia (pese a que la Sra. Coro tenía cargos en su cuenta por suministros y otros conceptos relativos a la vivienda durante dicho periodo y ya vivía en la Residencia). Y eso, además, teniendo en cuenta que la Sra. Coro fue longeva y vivió hasta los 94 años, algo sin duda, por encima de las expectativas de la Residencia.

De todo lo anterior se infiere que estamos en el supuesto contemplado en el artículo 619 CC , y que configura el contrato como una donación encubierta, que, y de nuevo por no revestir las formalidades y garantías necesarias, de ser considerada nula o ineficaz.

Así también lo entiende la consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que establece el concepto de donación remuneratoria de forma clara y ajustada al supuesto que nos ocupa, y que reproducen las Audiencias Provinciales, citándose a modo de ejemplo, y en un supuesto muy similar al estudiado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 13 de Febrero de 1992 :

Es principio general de nuestro Derecho la máxima de que los contratos son lo que son con independencia del nombre que le den las partes, y así lo consigna la sentencia de instancia. Por ello, y por cuanto de la lectura del contrato y el análisis de las contraprestaciones, se concluye que éste se ajusta completamente al concepto de donación establecido en el Código Civil, debe tratarse como tal,

2.3.- Nulidad de la donación remuneratoria. Error en la aplicación del Derecho. Contravención de lo establecido en los artículos 623 , 629 y siguientes del Código Civil y artículo 6.3 del mismo cuerpo legal .



Establece el artículo 6.3 CC , que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibiciones son nulos de pleno derecho. En sede de donación, la ley establece un régimen estricto para que éstas puedan ser efectivas, que se concreta en la regulación de los artículos 619 y siguientes. Sobre este particular, deben destacarse los siguientes extremos para que la donación sea efectiva:

Sólo es efectiva desde que el donante conoce la aceptación del donatario (artículo 623 CC), sin cuya aceptación la donación no produce efecto y deviene nula, (artículos 629 y 630 CC). Es decir, la aceptación de la donación deberá constar al donante, y por tanto, deberá producirse en vida de éste, En nuestro supuesto, esta aceptación de la donación como tal no se ha producido, ni podrá producirse en un futuro, dado el fallecimiento de la donante, En opinión de la doctrina, la aceptación de la donación "es un requisito para que la donación se perfeccione y sea válida" y "si aquel a quien se ofrece una donación quiere que sea válida, deberá aceptarla, y aceptarla de determinadas maneras" (Delgado Echeverría: "La Nulidad de los Contratos; un sistema en evolución" Ed. Aranzadi; 2007. Páginas 115 y ss).

Sólo es efectiva si se reviste de unos requisitos de forma preestablecidos, cuya falta determina la invalidez o nulidad de la donación efectuada. El artículo 633 establece taxativamente:

La dicción del artículo estudiado es tremendamente clara: de no realizarse la donación ante fedatario público, ésta carece de unos de los requisitos esenciales para su validez, y por tanto debe ser declarada nula de pleno derecho_ Es evidente que no se otorgó escritura pública alguna de donación por la Sra. Coro a favor de la Residencia, y que ésta nunca llegó a aceptar de forma fehaciente la donación efectuada en vida del donante, amparándose por tanto el pretendido título de la actora sobre la vivienda en un precario contrato privado que carece totalmente de validez para adquirir la propiedad.

Sin este requisito "ad solemnitatem" la donación carece de los elementos esenciales para que pueda hacerse efectiva. Con tal rotundidad ha sentado doctrina el Tribunal Supremo en múltiples sentencias; entre las que citamos:

Sentencie del Tribunal Supremo Sala la, S 24-10-1995, no 917/1995, rec. 1424/92 . Pte: Almagro Nosete, José TERCERO.- FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO DE LA SENTENCIA. NULIDAD DEL CONTRATO POR VICIO DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LA SRA. Coro , ERROR EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EX Artículos 217 LEC .

3.1.- En cuanto a la falta de firma del contrato por parte de la Sra. Coro . Error en la valoración de la prueba.

Ante la falta de reconocimiento de mi mandante de la firma de la Sra. Coro como suya en aquel documento, dándola por falsa o no puesta de su puño y letra, se analiza por el juzgador de instancia la prueba sobre el particular, y se concluye que debe darse por puesta por la Sra. Coro .

No obstante, el atento examen de la prueba practicada en relación a dicho extremo, se llega a la conclusión contraria, por lo que entiende esta parte que existe de nuevo un error en la valoración del acervo probatorio en la sentencia recurrida. Veamos:

Esta parte aportó un informe caligráfico completo (Docs. 43 y 44 de la demanda), firmado por el experto perito calígrafo, además abogado en ejercicio, Don Moises , quien, con el cotejo de otras firmas de la causantes determinó que no puede afirmarse que la firma obrante en aquel documento fue puesta por la Sra., Coro . Así lo refleja también el juzgador a quo en la sentencia,

Se efectuó en instancia la prueba pericial caligráfica judicial, cuyo dictamen concluye lo mismo: "no puede afirmar ni descartar que la firma indubitada y la obrante del contrato hubiera sido realizada por la misma persona." Textualmente así también lo recoge el FD 30 de la sentencia.

El testigo que se relaciona en la sentencia, Sr. Jose Augusto , era el director de la Residencia (y por lo tanto interesado sin duda en el resultado del pleito) y asegura que él estuvo presente a la firma, aunque no consta su comparecencia ni firma. Por el contrario si se dice que firmó Don Francisco (hermano de la presunta donante) en calidad de testigo: pese a la enorme relevancia de tal calidad en el presunto contrato, no consta su comparecencia ni su antefirma, detalles ambos realmente sospechosos precisamente por lo sencillo que hubiera resultado a los abogados internos de la actora (que prepararon el documento) redactar claramente la calidad de los firmantes.

Resultando obvio que es imposible realizar una pericial con un cuerpo de firma indubitado, de la prueba practicada se deduce que dos calígrafos dicen que no pueden asegurar que la firma sea de la Sra. Coro (aunque en la parte final, el juzgador a quo, entra en contradicción y dice que el perito judicial así lo afirma) y



por tanto la realidad de esa firma se apoya únicamente en un testigo totalmente parcial, nada menos que el Director de la Residencia que dice - pero no prueba- que estuvo allí.

También abre sospecha el hecho de que la Residencia no contara con un cuerpo de firma indubitado o cuando menos más cercano a la fecha del presunto documento: La Sra. Coro vivió en la residencia más de nueve años; de los testimonios médicos, resulta que debió autorizar más de un tratamiento y se manifiesta que autorizó la renuncia práctica del usufructo al autorizar a la residencia a hacer suyos los alquileres. Todo verbal; ni una firma más en nueve años. Por supuesto, si la hay, la residencia la hubiera aportado como firma reciente... o no, si este no era su interés.

De lo anterior, sólo puede concluirse que, ante las consecuencias que implican dichos documentos y la falta de certeza acerca de que la firma fuera puesta por la Sra. Coro , no puede validarse dicho documento como auténtico. No obstante, y errando en la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, pues compete a la Residencia probar la realidad y existencia del documento en que sustenta su demanda y no lo hace, y da la firma por válida.

La facilidad que hubiere supuesto el otorgamiento de escritura pública que hubiere dado certeza de la firma, del consentimiento y del fecha del documento (porque éste lleva la fecha de 1997, pero nunca podremos saber si se firmó entonces o mucho después) no se da en el presente supuesto, única y exclusivamente porque la Residencia, con un departamento jurídico propio, no hizo nada para posibilitar su otorgamiento, para revestir de garantías esa transacción (como si hizo con otros residentes).

Esa prueba de la realidad de la firma de la Sra. Coro se nos ha negado por exclusiva voluntad de la parte actora, a quien competía probar los extremos sobre los que se sustentan su pretensión, que no son otros que la validez del documento que justifica su demanda. Y esa prueba, que compete a la actora, y no a mi mandante, no existe, debiendo de nuevo pechar la demandante con las consecuencias de la falta de despliegue probatorio establecidas en el artículo 217 LEC .

Entiende esta parte que, por la Residencia no se ha probado la realidad de la firma de la Sra. Coro , y por contra, de las pruebas practicadas en instancia, sí queda de manifiesto que, con toda probabilidad, la Sra. Coro no suscribió aquel documento, por lo que confirmar su validez como se efectúa en la sentencia, resulta no ajustado a Derecho.

Entendiéndose dicha firma por no puesta, debió declararse la nulidad del contrato, con todas las consecuencias inherentes a ello, y en consecuencia, desestimar la demanda interpuesta de contrario, petición que se reitera en esta alzada.

3.2.- Anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, Error en la prestación del consentimiento de la Sra. Coro . Error en la aplicación del Derecho. Contravención de los artículos 1261 , 1265 , 1300 y concordantes del CC . Error en la valoración de la prueba.

Asimismo, y de forma subsidiaria, esta parte instó la anulabilidad de aquel contrato - para el caso de que se diera por puesta la firma de la Sra. Coro - atendidas las circunstancias concurrentes en el momento de su firma; por considerar que de su contenido y de su naturaleza real, dicho documento adolecía, igualmente, de vicios invalidante, por fallar uno de sus elementos esenciales, cual es el consentimiento cabal y expreso de la Sr. Coro , que sin duda fue prestado por error, e inducido sin duda por la Residencia.

Si bien puede parecer que existe un consentimiento expreso por parte de la Sra. Coro , vemos que, tomando en consideración 1) el contenido del documento, claramente abusivo y lesivo para la Sra. Coro ; 2) la forma en que éste se prepara y suscribe - redactado por la Residencia y suscrito en ausencia de conocimiento de familiares de la donante; 3) y la situación de la parte contratante, una anciana de 85 años, lega en Derecho y con las facultades físicas y psíquicas mermadas y en estado de demencia avanzada, no puede deducirse una voluntad de obligarse por parte de la Sra. Coro .

El juzgador a quo desestima igualmente dicha pretensión, dando a las testificales, -dirección y médicos de la Residencia-, el valor de prueba plena de la capacidad, y aludiendo a que la demencia avanzada fue declarada en el momento del fallecimiento y no en el de la firma del documento.

Entiende esta parte, con el debido respeto por el juzgador a quo, que existe un nuevo error en la valoración de la prueba (y de la "no prueba") de instancia, que de ser correctamente valorada en su conjunto, arrojaría una conclusión diametralmente distinta a la que alcanza el juzgador. Veamos:

3.2.1.- Con respecto de las testificales del personal de la residencia, y como se ha dicho, se trata de testigos parciales dependientes laboralmente de la misma y que por esa especial vinculación, sus testimonios deben ser valorados con cautela de conformidad con las reglas de la sana crítica. En cualquier caso, de sus declaraciones se extrae que la Sra. Coro tenía un alto tirado de dependencia física (y en consecuencia, no es



descabellado pensar que fácilmente manipulable o inducible) ya en el momento de su ingreso en las Residencia y que empezó a deteriorarse su capacidad intelectual.

3.2.2.- En el propio certificado médico de defunción, que tuvo lugar en la propia Residencia, la doctora certificante consigna que la Sra. sufría una demencia avanzada. Dicha enfermedad, por su realidad, no se produce de un día para otro. Es, desgraciadamente, una enfermedad degenerativa de lento avance, por lo que no resulta inverosímil considerar que la Sra. Coro la sufrió durante varios años antes de su fallecimiento. Ello, unido a ese ya deterioro físico que se declara el personal de la Residencia, hace imaginable que se trataba de una persona altamente vulnerable y frágil, fácilmente manipulable, y que además en 1997 tenía ya 85 años de edad.

3.2.3.- Cabe resaltar que tratándose de un documento privado, sin fecha cierta (ni evidentemente de sus otros elementos esenciales), dar por cierta la misma a los efectos de fijar en el momento de su firma la capacidad de la Sra. Coro, resulta cuanto menos arriesgado. Que en el documento conste el año 1997 no quiere decir que se firmara en 1997. No existe ni un solo acto o prueba objetiva e imparcial de que ese documento se suscribiera en aquella fecha, y puede, perfectamente, haberse firmado días antes del fallecimiento de la Sra. Coro.

Esta es una cuestión que nunca sabremos, por cuanto la Residencia se preocupó convenientemente de no otorgar escritura y dejar asentada fehacientemente, entre muchas otras cuestiones, la fecha del documento. Esa prueba, de nuevo le compete, y esa prueba está ausente en el procedimiento.

3.2.4.- Al margen de todo ello, existen muchos interrogantes, que valorados cabalmente, plantean serias e importantes dudas acerca de la capacidad y consentimiento libre de la Sra. Coro en la irregular forma de instrumentar la operación según el reato fáctico de la actora.

Si tan capaz era la Sra. Coro, tan consciente y tan voluntaria fue la transmisión no existe razón que justifique que se obviara la forma jurídicamente válida para perfeccionar la transmisión, haciendo intervenir a un Notario como garante de la legitimidad de los pactos recogidos y de la verdadera capacidad de las partes para desplegar el acto volitivo que implican. Precisamente por la facilidad de hacer lo correcto y la "rareza" de hacerlo como se hizo, más si cabe cuando la actora, por su condición de gran empresa, tiene su propio departamento jurídico. Si la Sra. Coro comprendía exactamente lo que estaba firmando y un Notario hubiere autorizado la escritura sin reparo alguno, ¿porqué la Residencia no revistió de forma aquella cesión, como sí ha hecho en otras múltiples ocasiones?

Si realmente el documento era válido y contaba con el beneplácito tanto de la Sra. Coro como de su hermano, el Sr. Francisco, quien dicen que firmó como testigo - desconociéndose asimismo las circunstancias en que se produjo dicha firma- ¿porqué al fallecimiento de la Sra. Coro, no requirieron a su entonces legal heredero, el Sr. Francisco, para que elevara a público aquel acuerdo?

Si la Sra. Coro, tenía plena capacidad de obrar como se defiende de contrario, ¿porqué la Residencia hace firmar a su hermano -sin ningún tipo de legitimación para intervenir en el contrato- como "testigo" del mismo?

Si dicho contrato era válido y los consentimientos debidamente prestados e inatacables, ¿porqué tardaron 11 años en comunicarse con mi mandante, ofreciéndole "generosamente" y de forma gratuita tramitar el papeleo de la herencia de su tía y ocultándole la existencia de ese documento?.

Si el contrato era válido y el usufructo correspondía a la Sra. Coro, ¿porqué la residencia hizo suyos los importes de los alquileres?

Si el contrato era válido y la cesión de la nuda propiedad debía completarse con un porcentaje de su pensión, porqué dicho porcentaje se dejó en blanco en el documento?

Si el Sr. Francisco, era testigo de la gravosísima cesión por parte de su hermana (que además le afectaba como heredero de la misma), ¿porqué no consta su comparecencia y antefirma en el documento?

Si el documento carecía de las formalidades necesarias y acordes con una cautela mínima, ¿porqué la Sra. Coro no firmó todas las páginas y solo lo hizo en una, la última sin contenido esencial alguno?

Si las partes deben firmar el documento ¿porqué la residencia sí firmó la primera y última páginas sin ocuparse de que la Sra. Coro así lo hiciera?

La respuesta a todas estas cuestiones sólo puede ser una y es evidente: la Sra. Coro no sabía lo que estaba firmando en realidad. La Residencia se aprovechó de la dependencia y estado de salud físico y mental de la Sra. Coro para que ésta supuestamente firmara un documento en el que les cedía, sin saberlo, todos sus bienes (el piso, su pensión) y además y a sus espaldas contravinieron el usufructo reservado hasta la fecha de su fallecimiento, quedando de facto en manos y la voluntad de la Residencia.



Establece el artículo 1265, que será nulo el "consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"

Es incuestionable que la Sra. Coro incurrió en uno o varios de dichos presupuestos; puesto que de ser totalmente consciente de las obligaciones que el documento implicaba - "aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato"; artículo 1262- no lo hubiere suscrito, al ser totalmente lesivo para sus intereses y por tanto existir error, probablemente intimidación e incluso dolo ("palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que induce al otro a celebrar un contrato y que sin ellas no hubiera hecho", artículo 1269 CC -), que hiciera a la Sra. Coro temer por el mantenimiento de sus necesidades vitales si no suscribía el documento.

No podremos conocer qué argumentos expuso la Residencia a la Sra. Coro para convencerla de la firma del contrato, si es que realmente lo firmó. No obstante, y dados los condicionantes de la situación, es perfectamente previsible que incurriera en un error claro y manifiesto, provocado sin duda, de forma consciente, por la Residencia actora.

Con respecto al dolo como vicio del consentimiento invalidante de la obligación, es abundante y consolidada la doctrina por la que se establecen los parámetros para su concurrencia. Entre otras, la analiza detalladamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, dicta el 7 de Febrero de 2008 Del examen del supuesto fáctico concluimos que se dan los presupuestos para siquiera indiciariamente, pueda considerarse que existió dolo en la actuación de la Residencia por cuanto se dieron los supuestos legales para establecerla. Veamos:

Conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial: Es evidente que la idea no debió provenir de la Sra. Coro, sino que responde a una actuación de la actora, que convenció a la propietaria para que suscribiera si es que llegó a hacerlo) un documento en que le transmitía la totalidad de sus bienes (inmueble, pensión). Y este argumento se refuerza al tratarse de una empresa que lleva años tratando con ancianos, perfectamente conocedora, por su trato diario, de sus temores vitales y miedos y que según lo averiguado por esta representación y acreditado con la documentación obrante en autos, tiene como práctica habitual ese lucrativo negocio.

Que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y

conocimiento por tal conducta. No es descabellado pensar que aumentando los temores de la Sra. Coro respecto de que no podría costear su estancia en la Residencia, propiciaron que ésta les entregara el inmueble, único bien del que disponía, contraviniendo asimismo el principio por el que la donación no puede ser de la totalidad de los bienes del donante, sino que es necesaria una reserva que le permita lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, (artículo 634 Código Civil).

Que todo ello determine la actuación negocial: ese temor, además

creado conscientemente en una persona octogenaria con demencia avanzada, fue sin duda la causa de que la Sra. Coro suscribiera, en su caso, el documento.

que sea grave: la conducta de la demandada, además de reprobable y

falta de total ética, debe ser considerada de extrema gravedad, puesto que mediante amedrentar a una anciana, consigue la propiedad de todo el patrimonio de ésta, patrimonio que en sí mismo y mediante la percepción de un alquiler por la vivienda, completada con su pensión, hubiere permitido costear a la Sra. directamente y sin necesidad de cesión alguna, todos los gastos que se hubieren ocasionado por su estancia en la Residencia. El engaño y maquinación es evidente y el dolo, altamente probable.

Que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

En consecuencia, sea por acción u omisión, de firmarse, existió dolo en el momento previo y en el de suscripción del contrato, dolo que vicia totalmente el contrato de nulidad, al ser causa de inexistencia de consentimiento válido.

Y todo ello, al margen de que tan sólo está firmada la última hoja del documento la que no contiene pacto trascendente alguno-, lo que de por sí ya invalida totalmente el contenido del mismo. Este hecho es significativo porque sí consta la firma de la Residencia en la primera hoja o página del contrato, que es precisamente aquella que contiene los pactos con trascendencia jurídica. Vuelve a sorprender (por decirlo de forma respetuosa) a esta representación que una "empresa" que llene como fuente de ingresos habitual (vid. Actas fiscales como inmobiliaria y propiedades descubiertas en el registro) las rentas o ventas de pisos adquiridos, a sus residentes contra los presuntos cuidado y atención, y a la que, por ello, se le debe reconocer experiencia y pericia en la confección y firma de documentos traslativos del dominio, corneta en nuestro caso el oportuno error de no hacer firmar la página trascendente (como sí hace la Residencia en un intento de legitimar su contenido) y firmar solo la final, sin antefirmas, con una caligrafía dudosa cuya realidad no puede quedar acreditada ni por



expertos calígrafos. Y ello, sabiendo que la Sra. Coro tiene 85 años de edad, padece una demencia senil y sus actos serán especialmente cuestionados.

Por todo lo anterior, entiende esta parte que en una correcta valoración de todas la prueba practicada, valorada en su justa medida, y atendiendo a la facilidad probatoria que asiste a una de las partes, debió entenderse que no quedó acreditada la voluntad cabal y expresa de la Sra. Coro en la prestación del consentimiento para la firma (si es que lo firmó) de ese contrato, con las consecuencias que ello implica: la obligación de restitución de las prestaciones del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1303 y 1306 CC).

Esa indemnización, además de ser procedente por ley y resultante de la dicción del propio artículo 1306 CC , es absolutamente legítima, toda vez que la Residencia sigue rentando la vivienda y percibiendo sus alquileres, por lo que se hace tremendamente necesaria una liquidación de los mismos.

Por todo lo anterior, entiende esta parte que en una correcta valoración de todas la prueba practicada, valorada en su justa medida, y atendiendo a la facilidad probatoria que asiste a una de las partes, debió entenderse que no quedó acreditada la voluntad cabal y expresa de la Sra. Coro en la prestación del consentimiento para la firma (si es que lo firmó) de ese contrato, con las consecuencias que ello implica: la obligación de restitución de las prestaciones del Esta parte interesó igualmente de forma subsidiaria a todo lo anterior, que en el caso de estimarse la demanda, procedía de todas formas realizar una rendición de cuentas de los alquileres percibidos por la Residencia de forma totalmente anómala, durante la vigencia del usufructo.

Esta petición viene justificada incluso por el propio documento que fundamenta la demanda, ya que en él la Sra. Coro (si se da por cierta la transmisión) hace reserva del derecho de usufructo sobre la vivienda y en consecuencia todas las cantidades percibidas indebidamente por la Residencia desde su firma hasta el fallecimiento, deben ser reintegradas a la herencia de la Sra. Coro , por no existir causa alguna que justifique su percepción por parte del presunto nudo propietario.

Es absolutamente consabido que el usufructo da derecho a su titular a la percepción de los frutos y rentas que la finca produzca durante su vigencia- artículo 471 CC -, por lo que deberán reintegrarse a la masa hereditaria el importe total de las rentas derivadas del arrendamiento de la repetida vivienda, con sus intereses correspondientes. (Artículos 1720 y 1724 CC), durante los 9 años en que la Sra. Coro vivió constando el usufructo reservado para sí.

Sobre el particular el juzgador a quo, resuelve de un modo un tanto extraño la cuestión. Así, implícitamente acoge la pretensión de esta parte, porque después de una particular liquidación de ingresos y gastos (que seguidamente se discutirá por entender que no se ha realizado una correcta valoración del acervo probatorio) acaba concluyendo que como sea que los gastos abonados por la residencia fueron superiores a los ingresos, no existe saldo a favor de la herencia de la Sra. Coro .

Lo único que justifica tal decisión del juzgador, es la mera manifestación de la actora de que se pactó con la Sra. Coro (otro pacto inexistente y de imposible prueba por voluntad de la Residencia, que fácilmente pudo confeccionar una adenda al documento) que se alquilaría la vivienda y "a cambio" no se detraería la pensión de la Sra. Coro .

Esta peculiar, mera e inconsistente afirmación de la actora, la acoge en su plenitud el juzgador, pese a admitir en la propia sentencia que "no consta por escrito este pacto alcanzado por las partes"; y, pese a ello, sirve al juzgador para realizar una liquidación totalmente improcedente en atención a la literalidad de los documentos y de la prueba practicada.

Con respecto de dicho pronunciamiento debemos hacer notar que tal y como razona la sentencia de instancia no existe prueba alguna de que ese pacto existiera. Por el contrario, esta parte ha acreditado que la residencia detraía la pensión de la Sra. Coro de su cuenta corriente donde le era ingresada.

En otro caso, y si así hubiere sido, el saldo en cuenta corriente de la Sra. Coro sería muy superior al que consta en sus extractos, dado que por su edad, dependencia física y vida en la Residencia, difícilmente pudo realizar gastos que disminuyeran el saldo en cuenta. No obstante, su cuenta arrojaba un saldo inferior a los 54.900 € que son los importes que debió percibir durante los 9 años entre la firma del contrato y su fallecimiento, y menor a 24.400 €, que son los que debió percibir entre el año 2002 (fecha del supuesto acuerdo) y su fallecimiento. (Oficio BBVA que consta en las actuaciones).

En el extracto de la cuenta corriente de la Sra., Coro aportado mediante oficio de BBVA que obra en las actuaciones, se pueden contar hasta 7 disposiciones por valor superior a 1500 E cada una de ellas, realizados mediante cheques (supuestamente firmados por la Sra. Coro) y que se encuentran dentro del periodo en que supuestamente la Residencia ya no detraía la pensión (2005 en adelante), sin que nada pueda justificar que una anciana (entonces de 93 años de edad) con todos los gastos cubiertos, además, por la SS, tuviera que



sacar dinero de la cuenta corriente periódicamente de forma trimestral. Solo en esas grandes disposiciones se sacaron de la cuentas más de 9.000 E en menos de 1 año.

No hay argumento que lo justifique. El dinero no está en la cuenta corriente, la Sra. Coro no tenía ni la posibilidad ni la necesidad de gastarlo y ello hace prueba de que ese dinero con toda probabilidad se seguía detrayendo por la Residencia, como siempre venía haciendo. No cabe otra explicación.

Sentada la improcedencia de ese extraño, irregular, indocumentado, e irreal por no probado pacto, la liquidación correspondiente a dicho periodo arroja un saldo muy distinto al que implícitamente hace referencia el juzgador a quo en este fundamento de derecho.

Y esto y solo en el supuesto de dar por bueno el contrato: a) En cuanto a los ingresos obtenidos:

Atendiendo a la fecha del contrato (4/6/1997) hasta la del fallecimiento (07/09/2006) se comprenden dos periodos diferenciados:

1) El primero de ellos, es el periodo comprendido entre la fecha del contrato, 4 de Junio de 1997 y el 1 de Junio de 2004 (momento en el que la Residencia admite que alquiló el piso, contraviniendo el usufructo reservado a la Sra. Coro).

En este periodo la actora alude a que el piso no estaba alquilado, y el juzgador a quo se aquieta a esta mera manifestación. Por el contrario, esta parte ha acreditado que durante dicho periodo y en la cuenta de la Sra. Coro se fueron cargando recibos de suministros de la vivienda por consumos efectuados en la misma, y siendo ésta la única propiedad de la Sra. Coro su hermano Francisco no tenía ninguna) solo pueden corresponder a suministros del arrendatario, ya que ella vivía en la Residencia.

Como sea que se niega de contrario y existe una imposibilidad manifiesta de probar el arrendamiento por esta parte, ante la evidencia de que en la vivienda residía alguien, debemos entender que esta se hallaba arrendada. Dicho periodo, lamentablemente, es imposible de cuantificar.

2) El segundo, desde el 1 de Junio de 2004 hasta el 7 de Septiembre de 2006, en

El que se percibieron según reconoce la actora, la suma de 15.940'05 €.

En cuanto a los gastos "repercutibles". EL juzgador entiende en su liquidación que de dicho importe deben detrarse lo que por gastos del piso manifiesta haber satisfecho la Residencia durante dicho periodo. No obstante, de un examen atento de los mismos, se desprende que dichos gastos no se encuentran acreditados, ya que no consta su pago, y presentan diversas irregularidades que hacen cuestionar su autenticidad, como se puso de manifiesto en la instancia. No obstante, el juzgador se vale de un mero listado confeccionado por la parte, para dar por buena la total cantidad, entiendo esta parte, en este particular, que existe un nuevo error de valoración de la prueba.

El juzgador reconoce una importe a favor de la Residencia por obras de 32.227'91 €, que es el que aparece en el listado de la actora. No obstante, del examen de la documental que pretenden acompañar dichos gastos se desprende:

Para todas las facturas acompañadas: no se acredita el efectivo pago de las mismas, requisito ineludible para su repercusión a fa herencia de la Sra. Coro .

Por supuesto las obras de reformas pretendidas de 30.000 € 1º) no se han acreditado; 2º) se realizaron según dice la contraparte en vida de la Sra. Coro , pero sin su autorización acreditada que, atendido el hecho de que falleció poco menos de dos años después de demencia senil, debemos concluir que ni podía darla; ni se han justificado con facturas ni se ha acreditado su

Pago.

De todo ello tan sólo aparece una factura de 646,84 €, 30 de Diciembre de 2.007 librada por Lumito Producciones, S.L., quien, causalmente, resulta ser la inquilina de la vivienda y dedicarse al negocio de proyectos cinematográficos y de televisión. La credibilidad de la misma entra en conflicto con la realidad; la propia arrendataria factura a la Residencia unas obras cuando su objeto social es hacer películas.

Se aporta también una factura de 194E de revisión de una caldera, que sin duda es responsabilidad del arrendatario porque afecta al uso; y una última factura de importe 368,67 €, en la que no aparece dónde se realizaron los trabajos, que por su descripción parecen ser de una instalación industrial.

No puede considerarse por tanto acreditado gasto alguno de las obras que, por el principio procesal que regula la carga de la prueba y, especialmente por la facilidad de disposición, correspondía, sin duda, a la demandante.



Mención especial merece la referencia a los pagos de IBI (que corresponden al inquilino) y de suministros, que, al no constar expresamente excluidos en el contrato le corresponden también al inquilino, como es habitual. No pueden imputarse gastos de la finca a la Sra. Coro, máxime cuando la Residencia como gestora (aunque ilícita) del arrendamiento, tenía la obligación de repercutir el IBI y de asegurarse que el inquilino pagaba los suministros. Además en el contrato (doc. 4 de la contestación a la reconvencción) se vincula la fianza entregada por el arrendatario al pago de los suministros pendientes a la finalización del contrato, algo imposible si el inquilino no tuviera esa obligación de pago. Por ello estos conceptos no pueden computarse dentro del capítulo de gastos descontables a la Sra. Coro, porque responden en último caso a la falta de diligencia de la Residencia que concertó y gestionó ilícitamente el arrendamiento.

No obstante, el juzgador también computa estos gastos, algo que de una acertada valoración de la documental aportada por la propia parte actora, debió ser rechazado.

Así las cosas, y resultando acreditados e imputables a la Sra. Coro dichos gastos, su herencia presenta un saldo favorable, en cuanto al periodo del usufructo en que se manifiesta el piso estuvo arrendado en 15.940'05€.

Dicha liquidación, que era la peticionada subsidiariamente por esta parte, la relativa del periodo de usufructo, no es la que realiza el juzgador, por lo que peca la sentencia de incongruencia omisiva al no resolver sobre los extremos y peticiones planteadas por esta parte, sino que realiza una genérica por todo el periodo en que la Sra. Coro estuvo en la Residencia (incongruencia extra patita), que igualmente, y en una correcta cuantificación atendido a los hechos probados de la prueba practicada, arroja igualmente un saldo positivo a la herencia de la Sra. Coro, y por ende, a favor de mi mandante.

Así, durante aquellos nueve años, la Sra. Coro realizó las siguientes aportaciones:

La nuda propiedad de la vivienda de la TRAVESIA000 por un valor teórico de 173.721,60 €.

Las pensiones percibidas entre 1997 a 2006, por valor de 54.945'20 €.

En su caso, los alquileres percibidos directamente por la Residencia, durante el periodo en que estuvo vigente el usufructo, contraviniendo éste:

en cuanto al periodo anteriores a 2004 (desde Julio de 1997 hasta el 1 de Junio de 2004, no son cuantificables y de conformidad con lo expuesto en la demanda reconvenccional, apoyada en el informe de precio de arrendamientos aportado con la contestación y reconvencción, que arroja un promedio de 777 € al mes, y en cualquier caso y para que no pueda discutirse, tomando la base del precio cierto que aparece en el arrendamiento en 2004, que es de 570 € la suma estimada de 47.880 €.

Durante el periodo comprendido entre Junio de 2004 hasta Septiembre de 2006 (fecha fallecimiento) la actora confiesa haber percibido 15.940'05 €.

En total, acreditados 244.606'85 (nuda propiedad, pensiones y alquileres de 2004 a 2006) y de 292.486'85 €, si añadimos la estimación de los alquileres anteriores a 2004.

Durante aquellos nueve años, la Residencia asumió el coste de la estancia de la Sra. Coro, desde la firma del contrato (1997) a su fallecimiento (2006) que ascendería a los sumo 155,782'44 € (según tarifas del año 2000 que obran en las actuaciones) y 232.848 €, según tarifas del año 2006; que hacen un coste total aproximado - porque el real no se ha acreditado por la residencia- de media de 194.315'22 €, según se ha razonado en el punto primero de este escrito al que nos remitimos. El juzgador toma aquí el valor máximo expresado por la residencia, sin razón alguna que justifique dicho valor, y que es contrario a lo oficiado por la propia Consejería de Madrid.

Tomando el valor mínimo de la Sara. Coro (244.606'85 €) y el máximo de la Residencia (232.848'00 €) aún resulta un saldo favorable a la herencia de la Sra. Coro de 12.000 €, por lo que la extraña compensación que se realiza en la sentencia no resulta ajustada a Derecho, y de su resultado, se infiere sin reservas que, siquiera en este punto subsidiaria del suplico, debiera haberse estimado la reconvencción planteada por esta parte.

Y de estimarse la reconvencción en cuanto a la nulidad del contrato, a dicho importe cabría añadir los ingresos obtenidos del arrendamiento de la vivienda desde el fallecimiento de la Sra. Coro (2006) a la actualidad, y que ascienden a 58.296'98 €, según lo acreditado en el proceso hasta Julio de 2014 (y reconocido por la Residencia) y con posterioridad a dicha fecha hasta la actualidad.

Es esencial a la tutela efectiva que corresponde constitucionalmente a mi mandante que los hechos queden acreditados. En todo el relato de la sentencia, se dan por buenas las simples manifestaciones de la actora, aun cuando no hayan ni tan siquiera intentado probarlo. Y tal actuación es merecedora de la sanción que conlleva estimar el recurso en este punto.



1 QUINTA CONCLUSIÓN

La-realidad acreditada es que la Residencia se aprovechó y/o engañó, en el mejor de los casos, a una anciana de 85 años con demencia senil, y que con total mala fe, persistió en dicho engaño y ocultación haciendo suya la totalidad de las pensiones de la Sra. Coro y los réditos de los alquileres de su vivienda hasta su fallecimiento, y que esperó 11 años, hasta el fallecimiento del único e hipotético testigo de la operación, para intentar hacer suyo el piso.

Eso es lo que ha acreditado la práctica probatoria de las presentes actuaciones. La realidad no puede ser vencida por las simples declaraciones parciales e interesadas de testigos dependientes o con interés en el resultado del pleito, o documentos confeccionados por la propia parte al dictado de su demanda y contestación a la reconvencción.

SEXTA.- FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO.- IMPOSICIÓN DE COSTAS. Error en la aplicación del Derecho: Contravención de lo establecido en el artículo 394.1 in fine de la LEC .

La sentencia de instancia realiza en aplicación del principio de vencimiento objetivo, la condena en costas a mi mandante tanto de la demanda principal como de la reconvenccional. No obstante, discrepa asimismo esta representación de dicha condena en costas, ya que, cuanto menos, a tenor de lo expuesto y de lo obrante en las actuaciones, es evidente, y así lo expone la sentencia en diversos pasajes, existen dudas tanto de hecho como de Derecho en la resolución de la cuestión.

La sentencia contiene un pronunciamiento basado básicamente en pruebas indiciarias o deducciones: en cuanto a la autenticidad de la firma, se presume que es auténtica pese a que los dictámenes caligráficos (ambos, tanto el de parte como el judicial) concluyen que no puede ni afirmarse ni negarse; se dan por buenos unas tarifas de precios de la residencia que no se corresponden con los reales sino que vienen referidos a otros ejercicios; se suple la falta de escritura y por tanto de fehaciencia y prueba de la bondad y corrección del contrato con la mera declaración de un testigo totalmente parcial (el director de la residencia); y así un sinfín de premisas en que se basa el fallo, que no responden a unos hechos contrastados y acreditados por a quien le incumbe probarlos (la parte actora), sino simples conjeturas e indicios.

Entiende esta parte que las dudas de hecho que presenta este supuesto conllevan la aplicación del último inciso del artículo 394 de la LEC , que establece la no imposición de costas en el supuesto de que se aprecie que "el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho?...

Sin duda el presente supuesto plantea multitud de incógnitas y dudas acerca de la realidad y circunstancias exactas de los hechos (algunas casuales, algunas provocadas) que deben conducir a la no imposición de las costas procesales de primera instancia a mi mandante en caso de ser desestimado el fondo del presente recurso, y en su caso, las de esta segunda instancia.

En consecuencia, y por todo ello, con invocación de los preceptos y jurisprudencia contenidos en el presente escrito de oposición, y de demanda al que nos remitimos.

TERCERO.- Los requisitos formales de los contratos.

Por principio general, Art. 1254 C.C ., "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio", .los contratos son válidos, eficaces y obligatorios Art.1278 C.C . siempre que reúnan los requisitos que exige el Art.1261 C.C ., y Art. 1262 C.C . "El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato".

Por excepción, el Art. 1279 C.C . Mantiene que: "Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Dicho de otro modo, el principio espiritualista y antiformalista típico de nuestro derecho se mantiene incólume. Salvo en los casos en que la Ley exige la concurrencia de la forma como requisito de validez y eficacia del contrato, rige el principio de libertad de forma ex art 1278 C.C y que, salvo supuestos excepcionales como el contemplado en el artículo 633 C.C., o la constitución de hipoteca Art.1875 C.C . y 145 L.H ., las exigencias del artículo 1280 C.C ., no tienen la consideración de ad solemnitatem, sino ad probationem, para facilitar la seguridad jurídica mediante la constancia del contrato en un soporte más fiable y duradero.

La ausencia de forma escrita, sea pública o privada, no impide ni interfiere su perfección a través del concurso de la oferta y la aceptación, y demás requisitos del Art.1261 C.C .; la exigencia de forma es una facultad



reciproca de las partes; exigencia de documentación como requisito externo de constancia inter partes y frente a terceros, que pueden compelerse a llenarla en cualquier tiempo.

CUARTO.- La calificación del contrato (I)

El contrato que nos ocupa podía calificarse de contrato de vitalicio, que reconoce nuestra jurisprudencia en la S.T.S. de 12-6-2008 que declara: "Esta modalidad contractual ha sido jurisprudencialmente delimitada frente a la donación modal u onerosa y frente a la renta vitalicia como un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público " artículo 1255 del Código Civil ", y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones - Sentencias de 1 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2007 , entre otras-. La Sentencia de 1 de septiembre de 2006 precisa que es ésta una modalidad de contrato que participa en parte del carácter del de renta vitalicia, aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes; caracterización en la que fácilmente tiene cabida el contrato celebrado entre Coloma y las demandantes, en el que la primera cedía a las segundas la nuda propiedad de las fincas detalladas, y, en contraprestación a esta cesión, éstas quedaban obligadas frente a aquélla a prestar alimentos en la extensión determinada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil , transmitiéndose dicha obligación a los respectivos herederos de las cesionarias, al fallecimiento de las mismas, y estando prohibida la constitución de gravámenes o hipotecas sobre los bienes adquiridos, así como su enajenación, en vida de la cedente, sin su consentimiento expreso.

Esta calificación de la relación negocial convive pacíficamente con el resultado de la interpretación de los términos del contrato en punto a la extensión y contenido de la obligación de alimentos que, partiendo de su carácter pacticio, lleva al tribunal de instancia a desconectarla del presupuesto de la necesidad del alimentista. Ni esta conclusión, ni la alcanzada en orden al contenido de la obligación, es contraria a la lógica: las circunstancias que, a modo de hechos reveladores de la voluntad de los contratantes, se reseñan en la sentencia recurrida, entre las que destaca que la cedente tenía garantizado cierto sustento, habida cuenta de su condición de religiosa y de que se reservaba el usufructo de los bienes cuya nuda propiedad se cedía, permiten razonablemente colegir que las cesionarias eran conscientes de que la cedente no iba a necesitar en sentido estricto de alimentos, y de ahí, también como lógica consecuencia, que la prestación alimentaria no se hallase vinculada a la necesidad de la alimentista, pues de ser así, dadas las circunstancias reseñadas, quedaría desprovista de contenido. Es, por tanto, razonable entender, como lo ha hecho la Audiencia, que la referencia a los artículos 142 y siguientes del Código Civil servía para integrar en la relación pacticia el contenido de la prestación en que la obligación consistía, comprensiva de los conceptos indicados en el aludido artículo 142, pero desvinculado del presupuesto de la necesidad del alimentista. De manera que si la calificación contractual no es el resultado de un proceso ilógico, ni la interpretación de los términos del contrato se revela irrazonable, ni, en fin, demuestra ser producto de un patente error, no es dable acoger la denuncia casacional de estos dos primeros motivos del recurso, al faltar los presupuestos que autorizan la revisión en esta sede de la calificación y la hermenéusis de los contratos; como tampoco cabe aceptar que se hayan infringido los artículos invocados sobre los que aquélla se sustenta, y, en especial, el que regula la distribución de la carga de la prueba, cuya regla sólo se concibe infringida desde la particular calificación y exégesis que propugna la parte recurrente."

Criterio que mantiene la S.T.S. de 25-5-2009 que lo caracteriza como : "La sentencia ahora impugnada entiende que el contrato celebrado entre los señores Beatriz Sabina Ezequias José Francisco Laura Olga Prudencio y sus hijos era atípico y semejante al contrato denominado "vitalicio" aceptado por la jurisprudencia de esta Sala en diversas sentencias. De acuerdo con dicho contrato, una de las partes entrega a la otra alimentos o prestaciones de cualquier tipo que convengan, normalmente a cambio de la entrega de bienes, de manera que en dicho contrato "[...]la causa, como contrapunto de la entrega de unos bienes inmuebles transmitidos en propiedad(art. 1802 del Código), es decir, aquello en consideración a lo que se hace la entrega a los efectos delart. 1274, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la «vida contemplada», no pudiéndose hablar de precio porque éste no existe ni tiene por qué existir[...] " (STS de 1 julio 1982). La sentencia de 12 junio 2008 , con cita de la de 1 septiembre 2006 , dice que este contrato participa en parte del de renta vitalicia, aunque no coincide y en él "[...] se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes" (asimismo, SSTS de 1 julio 2003 y 9 julio 2002).

Es España el vitalicio es un contrato atípico, por bien que en la ley catalana 22/2000, de 29 diciembre, de acogida de personas mayores, se regula un contrato de acogida, de tipo oneroso, bilateral y formal, en cuya virtud se establece una relación de convivencia entre acogidos/do y acogedor, que tiene como finalidad procurar la subsistencia y la asistencia de los acogidos, a cambio de un precio, que puede consistir en la transmisión de determinados bienes propiedad de los acogidos. En el derecho español, al ser un contrato atípico, rige la libertad de pactos, de modo que "justo porque es un contrato innominado (el término, como se



dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los arts. 1802 a 1808, ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto" (STS de 1 julio 1982, así como las anteriormente citadas en esta sentencia).

Dados estos precedentes, debemos examinar si el contrato cuya calificación ahora se discute, responde a los rasgos generales recogidos en las sentencias que lo admiten.

1º Se trata de un contrato en el que ambos propietarios, los padres de los ahora litigantes, disponen en favor de sus hijos, de una finca propiedad ganancial de ambos.

2º Los cuatro hijos asumen dos tipos de obligaciones: a) patrimoniales, consistentes en el pago de una renta fija que podrá ser aumentada si aumentan las necesidades, (cláusulas segunda, quinta y sexta), con la correspondiente garantía consistente en la limitación de la facultad de disponer (cláusula cuarta), y b) personales, consistentes en la convivencia en la casa familiar y una asistencia especial en el caso de enfermedad, estableciéndose de forma muy concreta los turnos y sustituciones (cláusula tercera), con la correspondiente sanción para el caso del incumplimiento de dichas obligaciones. Finalmente, se establece también la representación en relación con la administración de las rentas de los padres.

Las estipulaciones pactadas pueden identificarse con el descrito contrato de vitalicio, ya que hay transmisión de bienes de presente y asunción de obligaciones como consecuencia de dicha transmisión.

Por ello debe declararse que la calificación del contrato concluido por las partes ahora litigantes debe ser considerada como correcta, como además la entendieron las propias partes contratantes que lo cumplieron a lo largo de más de veinte años, a partir de la firma del citado contrato en 1976 y hasta la muerte de Dª Olga en 1996. Además, la regla contenida en el artículo 1284 CC a favor de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos (repetida en el artículo 5. 106 de los Principios del Derecho Europeo de contratos [PECL] y del artículo II.-8.106 del Draft Common frame of reference [DCFR]), lleva a esta Sala también a declarar correcta la calificación efectuada por la Sala de instancia en la sentencia recurrida."

Por último, la S.T.S. de 29-9-2014 declara: "El primero de los motivos del recurso de casación se funda en la infracción de una serie de artículos del Código civil, 1255, 1274, 1277 así como artículos 618, 619, 622 por entender que la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del recurso incurre en el error de considerar que el contrato suscrito encubre una donación.

Dicho contrato, en escritura pública de 15 febrero 2005, es titulado como:

"Cesión de bienes con reserva de usufructo a cambio de alimentos, renta vitalicia y usufructo".

En este contrato se estipula que:

"Dª Marcelina cede a don Juan Ignacio que adquiere para sí, la nuda propiedad de la totalidad de las acciones antes descritas en el apartado I) expositivo de esta escritura, libres de cargas y gravámenes, al corriente en el pago de toda clase de contribuciones, impuestos y arbitrios, y con cuanto les sea anejo, accesorio o dependiente."

La cedente se reserva el usufructo de dichas acciones. Como contraprestación, se fija a su favor y a cargo del cesionario la obligación de alimentos, una renta vitalicia y el usufructo sobre una determinada vivienda propiedad del cesionario.

Este contrato ha sido calificado de contrato vitalicio por las partes. Ciertamente, se puede calificar así y es definido por la sentencia de 18 enero 2001 que recoge numerosa jurisprudencia anterior:

"Es el contrato que doctrinal y jurisprudencialmente ha sido calificado como contrato de vitalicio, contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes".

Lo anterior es reiterado y desarrollado por las sentencias de 9 julio 2002 y 1 de julio de 2003.

Con más precisión puede considerarse contrato complejo o más propiamente contrato mixto en el que se combinan elementos de contratos distintos, aunque prevalece uno de ellos. En el concreto caso presente, el prevalente es el contrato de alimentos introducido legislativamente en el Código civil, artículos 1791 y siguientes por la ley 41/2003, de 18 noviembre. Este contrato se halla dentro del título de los contratos aleatorios o de suerte pues el alea es la duración de la vida humana, la del alimentista.



Por lo cual, la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso, destaca el animus donando que aparece en el mismo.

También es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la sentencia dictada por el pleno de la misma y seguida por innumerables posteriores, de 11 enero 2007 mantiene que no cabe la simulación relativa de compraventa simulada de inmuebles (no es el caso presente) que disimula una donación, por faltar en ésta los elementos esenciales de forma que exige el artículo 633 del Código civil . Pero no es lo mismo el contrato de compraventa de inmuebles, esencialmente oneroso, con el presente que, como se ha dicho, presenta una transmisión de bienes muebles con un incuestionable animus donandi. En todo caso, aunque se aceptara que no es posible esta simulación relativa que encubre una donación, no podría esta Sala estimar que se trata de la simulación absoluta que ha acordado la sentencia de primera instancia porque ello perjudicaría al recurrente -las demandantes no han recurrido- y daría lugar a la reformatio in peius que no es admisible en ningún caso.

La sentencia recurrida aprecia no sólo la realidad del contrato y rechaza la causa ilícita, por no entender probada la finalidad torticera, pero sí reconoce la donación disimulada, con todas sus consecuencias, como es la inoficiosidad de la misma.

El motivo, pues, se desestima".

QUINTO.- La calificación del contrato (II)

Con arreglo a estas ideas, hemos examinado en contrato litigioso, y no compartimos la opinión del recurrente. En el contrato privado que nos ocupa, de fecha 4-6-1997, D^a Coro cedía al actor la nuda propiedad de una vivienda de su propiedad, en la TRAVESIA000 de esta Ciudad con reserva de usufructo, a cambio de habitación individual con cuarto de baño, asistencia médica, alimentos y medicinas durante toda su vida, en la residencia de ancianos, propiedad del cesionario.

La causa de la donación como tal, es para el donante el aumento del patrimonio del donatario, lo cual es independiente de sus móviles subjetivos y para el donatario un enriquecimiento gratuito, es decir, sin contraprestación a cambio, que se resume en la expresión animus donandi, y no vemos que concurra ese ánimo liberal, en cuanto hay contraprestaciones onerosas.

Esa disposición no es una donación remuneratoria de inmueble, que exija escritura pública para su validez, y no lo es por una razón muy simple: las previsiones del contrato litigioso no se compatibilizan con la estructura de la donación remuneratoria, presidida por la liberalidad. El Art. 619 C.C . caracteriza la donación remuneratoria como aquella que se hace "por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles", y los servicios de asistencia de una residencia privada de ancianos, descritos más arriba forman parte de un contrato oneroso, que contiene prestaciones hoteleras y de asistencia sanitaria, cuyo importe es una deuda jurídicamente exigible, que puede pagarse de muy diversas maneras, desde dinero según el Art.1170 C.C ., hasta pago por cesión o dación de bienes, Art.1175 C.C .

No nos convencen las alegaciones en torno al derecho de alimentos. El derecho de alimentos entre parientes del Art.142 C.C . es una obligación legal, caso que no es el de autos, cuyo círculo de obligados es muy reducido: entre ascendientes y descendientes y entre hermanos, o lo que es lo mismo el primer grado por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, y el segundo grado por consanguinidad en línea colateral, y la recurrente es pariente en tercer grado por línea colateral.

Ese derecho no impide que la iniciativa privada, presidida por el principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pacto de los Arts. 6 y 1255 C.C . concluya un contrato de renta vitalicia del Art.1802 C.C ., concierte contrato atípico de vitalicio, importe figuras forales similares, o concierte un contrato de alimentos del Art.1791 C.C ., introducido por la Ley 41/2003 cuya exposición de motivos lo justifica de la siguiente manera: "VIII En tercer término, se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal .

La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista".

Dicho de otro modo el contrato que nos ocupa es de alimentos a título oneroso, figura típica perfectamente válida y eficaz que no lesiona derechos de nadie.

SEXTO.- La validez del contrato.



Antes de seguir conviene hacer dos precisiones. La primera, que la recurrente, aunque sea heredera forzosa en la sucesión abintestato, no es legitimaria, por lo que la facultad de disposición de su tía difunta; intervivos o mortis causa, no tenía límite alguno.

La segunda, que la presunción de la libertad de la voluntad, y de la capacidad de obrar, obliga mantener que la difunta tía de la recurrente estaba en pleno uso de su libertad y sus facultades; pueden verse las testificales del personal de la residencia que coinciden en los rasgos del carácter de la difunta, y en su plena conciencia y consciencia, máxime cuando el momento del juicio de capacidad es a la firma del contrato y no nueve años después.

Por la fecha del contrato no tenemos problema alguno. Amén de que el uso de papel timbrado acota los riesgos; sería falso un documento de fecha anterior a la fabricación del pliego donde se contiene, cosa que aquí no ocurre, la prueba pericial judicial solventa las dudas, y en su defecto, el problema lo solventa el Art.1227C.C.; desde la fecha de la muerte de D. Francisco, que falleció antes que D^a Coro, el contrato tiene fecha cierta.

Hemos examinado las pruebas periciales; la de parte y la judicial, y vemos que son contradictorias, ya que mientras la de parte afirma sin duda que la firma de la difunta no es legítima, la judicial, concluye que no puede afirmar categóricamente ni una cosa ni su contraria, pero da muchas razones de ciencia, suficientes como para que podamos estimar que la firma es legítima.

No es la primera vez que nos enfrentamos a informes periciales contradictorios y recíprocamente excluyentes, o ante críticas descalificadoras al informe de contrario basándose en las afirmaciones del propio que se toma por axiomas incontrovertibles.

Ante esas pruebas periciales contradictorias, el Tribunal se encuentra en una tesitura muy peculiar; repudian al sentido común las diferencias abismales de valoración, y la consecuencia es que alguno de ellos no se ajusta al realidad, por exceso o por defecto, y ante eso no nos queda más remedio que acogernos a las normas del sentido común, y las que regulan la carga de la prueba.

Con arreglo a lo expuesto, el hecho negativo; la falta de autenticidad de la firma de la cedente no ha quedado probado.

Para apoyar nuestra tesis, amén de compartir los argumentos del Juez de Instancia hay otros dos más.

El primero, que en el contrato figura la firma auténtica e indubitada de D. Francisco hermano de la difunta que actúa como testigo del contrato, que fue el que de alguna manera gestiono el ingreso de su hermana en la residencia, y que la atendía y visitaba con cierta frecuencia en la medida de sus posibilidades, lo que nos lleva a pensar que su presencia en el contrato era la manera de atestiguar los deseos de su hermana; no parece que un hermano pueda tolerar engaños y o presiones de un tercero frente a su hermana, con la que le unía buena relación.

El segundo, que el perito de la demandada no compareció a ratificar su informe lo que nos permite concluir que sus conclusiones no son prueba pericial, si no expresión de hechos que deben probarse por otros medios.

SEPTIMO.- La rendición de cuentas.

Como dijimos antes, la recurrente no es legitimaria, por lo que no tiene derecho a ejercer acciones de reintegración de la masa hereditaria, que solo competen al heredero legitimario por actos a título gratuito que perjudiquen su legítima, cosa que aquí no ocurre, o por actos onerosos fraudulentos.

Desde este punto de partida, la validez del contrato litigioso desactiva la pretensión de reintegración del caudal hereditario por actos a título oneroso, y tiene enormes consecuencias sobre la acción de rendición de cuentas.

La primera que la herencia es el conjunto de bienes transmisibles que subsistan a la muerte del causante ocurrida en 7-9-2006, por lo que si no hay bienes porque se han gastado o consumido, no hay herencia yacente.

La segunda que desde ese momento; desde 7-9-2006, se extingue el derecho de cobro de pensiones públicas, desde ese momento se consolida el usufructo en favor del nudo propietario, desde ese momento cesa el devengo de gastos de residencia, alimentos etc., y desde ese momento es imposible pretensión alguna que intente contabilizar las rentas futuras del inmueble en el haber hereditario.

Con arreglo a estas ideas, estamos conformes con el criterio del Juez de Instancia, y nos basta un solo argumento.

El gasto de residencia es, según tarifas oficiales remitidas por la Comunidad de Madrid de 1.442,43€ mensuales en 1997, fecha en la que la causante ingresó en la residencia hasta los 2.156€ mensuales del año 2006.



En esas condiciones, la pensión pública de 5.257,24 € anuales, 438,10€ en cómputo mensual en el año 2000, y de 6.247,78€, 520,64€ en cómputo mensual en el año 2005 son manifiestamente insuficientes para cubrir los gastos. En un caso la pensión cubría solo el 30,37% de los gastos y en otro el 24,14%

El primer contrato de arrendamiento del inmueble que nos ocupa es de 1-6-2004 percibiéndose por rentas hasta la muerte de la causante 15.940,05. Obviamente esas cantidades son insuficientes para cubrir los gastos de residencia.

En el mejor de los supuestos para la recurrente, y el coste de la residencia de doce mensualidades de 1.442,43 según tarifa de 1997, sería de 17.309,16€ anuales, cantidad superior a los 15.940,05 € percibidos como renta desde el primer contrato de arrendamiento en 1-6-2004 hasta el fallecimiento de la causante en 7-9-2006.

Si tomamos el coste de 2006 los desequilibrios son mayores por ocho meses de 2016 los costes serian de 17.248€ y por doce meses de 25.872 €, mientras la renta de dos años era de 15940,05 E

En conclusión la rendición de cuentas fracasa ya que el coste anual de la residencia siempre era superior a los beneficios del usufructo de cuatro años.

OCTAVO.- Costas

No estamos conformes con el recurrente.

Parece evidente que la intención del legislador ha sido la de introducir un factor de seguridad jurídica en materia de costas, acudiendo al sentido de la jurisprudencia según ordena el Art.1.6 C.C ., en conexión con el recurso de casación por interés casacional, fundado en la disparidad de criterios de las Audiencias, pero mientras llega esa realidad, la norma no tendrá fácil aplicación ante la discrepancia y la falta de homogeneidad en aquellas materias que, hoy por hoy, no tienen acceso a la casación

El carácter dudoso vendrá determinado por las dificultades probatorias sobre la existencia y manera de ser de los hechos constitutivos de la pretensión, o por los problemas jurídicos motivados por los constantes cambios legislativos, o por los cambios de líneas de interpretación y de criterios jurisprudenciales, que dificultan el encaje entre hechos y derecho. En cualquier caso, debe ser duda razonable, distinta del componente aleatorio connatural a la actividad procesal, y de la ignorancia o del atrevimiento, incompatible con la profesionalidad exigible a los operadores jurídicos.

También es duda objetivada y objetivable, en función de la jurisprudencia recaída en casos similares, lo que obligara al juicio previo de similitud de hechos en que se basan esas resoluciones similares, y a la apreciación de la reiteración jurisprudencial.

Distinto es el supuesto de criterios irreconciliables y reiterados entre varias Audiencias. Pueden ser un factor de duda digno de estudio teórico, y motivar el recurso de casación por interés casacional por contradicción entre Audiencias, pero no son dudosos en el territorio donde se aplican constantemente.

Precisando más el concepto esta Sala en sentencia de 2-2-15 decía: "El Tribunal Supremo no ha establecido una doctrina sobre el nuevo precepto, sin embargo en determinadas sentencias nos da pautas sobre los supuestos en los que, pese a la estimación o desestimación total, ello no conlleva la imposición de costas a la parte vencida, así STS 30 de abril 2008 recurso 1107/2001 "Entrando ya a valorar los argumentos jurídicos que sustentan la denunciada infracción del artículo 523 LEC , conviene recordar que la doctrina más reciente de esta Sala, expresada en las sentencias de 5 y 16 de junio de 2007 , que citan la de 9 de junio de 2006 , establece que el sistema general de imposición de costas recogido en aquel precepto "se basa fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurran circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 LEC 2000 tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento (artículos 523, párrafo primero, inciso final) transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes (se discute si ha de ser total o cabe hacerlo proporcionalmente, con opinión mayoritaria favorable a la segunda solución) cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad. Por otro lado, la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, sí en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi-vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los



que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulta oportuno un cálculo "a priori" ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas, y además se centra la reclamación en relación al "valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles".

A su vez, esta Sección 14ª se ha pronunciado sobre esta cuestión, así en Sentencia 29 de enero 2014 recurso 507/2013 "QUINTO.- Las serias dudas de hecho o de derecho que, según el artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil, permiten apartarse del principio del vencimiento objetivo exigen, como dice la sentencia de la sección 20ª de esta Audiencia Provincial de 10 de julio de 2012 "una interpretación restrictiva debiendo tratarse, además, de dudas fundadas y razonables; es decir, analizadas en términos de objetividad ajenos a la incertidumbre que todo proceso conlleva. En este sentido, la duda de hecho constituye una indeterminación o vacilación sobre unos hechos concretos; es decir, provoca una incertidumbre, que no se puede despejar, pese a que se realice un análisis con criterios objetivos y racionales, de tal modo que la parte se ha visto abocado a acudir al proceso judicial, sin poder aclararlos o como medio para ello. Por otro lado, la duda debe ser trascendente, grave y digna de consideración, haciendo especialmente difícil y compleja la fijación de los hechos controvertidos. Por lo que se refiere a las dudas de derecho, se exige, como presupuesto de fondo, y en los términos señalados con anterioridad, una notable complejidad de derecho y que además se sustente en la existencia de jurisprudencia discrepante en supuestos similares". Y, en este caso concreto, no se aprecian dudas de hecho ni de derecho, ya que los hechos estaban claros antes y durante el procedimiento y el derecho aplicable carecía de complejidad alguna", y Sentencia 23 de mayo de 2013 recurso 884/2012 "TERCERO. Tras la lectura del apartado primero del artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil debemos entender que no toda duda o discordancia que exista sobre los hechos en los que se sustentan las pretensiones de las partes o sobre las normas jurídicas o la jurisprudencia aplicable al caso puede incardinarse en este precepto ya que indica que deben concurrir serias dudas lo que elimina la natural divergencia que existe en todos los litigios sobre la interpretación de las normas aplicables y su aplicación al supuesto de hecho debatido, sino que se exige que, por su redacción, novedad, las características de la norma o por la existencia de resoluciones contradictorias de los tribunales a la hora de su interpretación, genere una razonable dificultad a la hora de su aplicación".

La alegación de dudas no se compadece con la extensión, prolijidad y exhaustividad de la contestación de la demanda y la reconvenición, que suponen un ataque completo, masivo, y en toda regla contra la posición del actor; para el recurrente, no hay duda alguna a la hora de la demanda

Además, ha bastado el examen pormenorizado de la prueba, y de la jurisprudencia unánime, como es exigible ex Art.218.2 L.E.C ., para dar al traste con los intereses del demandado, y en eso no hay ningún esfuerzo considerable, si no actuación ordinaria.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de Dª **Fidela** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N°72 de los de esta Villa, en sus autos N° 468/14 de fecha veintidós de julio de dos mil dieciséis.

CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, e **IMPONEMOS** las costas de esta alzada al apelante

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid** , con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274** , que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: «2649-0000-00- 0020-17» excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ