



Roj: **STS 1345/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1345**

Id Cendoj: **28079110011998101874**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/1998**

Nº de Recurso: **327/1994**

Nº de Resolución: **161/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO GONZALEZ POVEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Marbella; cuyos recursos fueron interpuestos por D<sup>o</sup> Consuelo , la mercantil " DIRECCION000 ", D. Luis María y D. Jaime , representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Aurora Gómez-Villaboa Mandri; y por D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , representados por el Procurador de los Tribunales D. León Carlos Alvarez Alvarez (posteriormente sustituido por el Procurador D. Jesús Fontanilla Fornieles).

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

1.- El Procurador de los Tribunales D. Luis Roldan Pérez, en nombre y representación de D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Marbella, contra D<sup>a</sup> Consuelo , la entidad mercantil DIRECCION000 ., contra D. Luis María , D. Jaime y contra cualquier persona que pueda aducir interés en la Entidad Mercantil DIRECCION000 ., en el inmueble " CASA000 " de la Urbanización DIRECCION001 , de Marbella, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare "que Don Bartolomé y Doña Sofía son los únicos y exclusivos propietarios del chalet " CASA000 " de la DIRECCION001 , término de Marbella, integrado por las fincas registrales inscritas en el Libro NUM000 , Tomo NUM001 del Registro de la Propiedad de Marbella y que se describen en el Hecho Segundo de esta Demanda, declarando asimismo la nulidad de la aportación de tales fincas otorgada por Don Bartolomé a favor de la Entidad DIRECCION000 . mediante escritura n<sup>o</sup> NUM002 de 9 de octubre de 1987 ante el Notario de Málaga don Alfonso Casasola Tobía y de la escritura de opción de compra de acciones otorgada por Don. Bartolomé a favor de Doña Consuelo con el número NUM003 el día 9 de octubre de 1987 ante el citado Notario Sr. Casasola Tobía y que son igualmente nulos y sin valor ambas escrituras y los asientos e inscripciones registrales que contradigan el derecho dominical de Don. Bartolomé y Doña Sofía sobre las referidas Fincas y de modo especial los asientos e inscripciones registrales que se hayan practicado o que se practiquen en el Registro de la Propiedad de Marbella a consecuencia de las antedichas escrituras de aportación cuya nulidad se declare, asientos e inscripciones que se deberán cancelar, condenando a estar y pasar por estas declaraciones y a que se abstengan de realizar acto alguno contrario al derecho dominical del actor y en su caso a hacerles entrega de la tan repetida Finca " CASA000 " y a que a costa de los demandados se proceda a cancelar los asientos e inscripciones registrales que se anulen y a efectuar toma de razón en los protocolos notariales donde obran las matrices de las escrituras anuladas, condenando igualmente a los demandados a pagar las costas del juicio".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el Procurador de los Tribunales D. Guillermo Leal Aragoncillo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Consuelo , la mercantil " DIRECCION000 .", D. Luis María y D. Jaime , quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos



de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia "que sin entrar en el fondo del asunto estime ambas o cualquiera de las excepciones formuladas en este escrito (falta de litis consorcio pasivo necesario y defecto legal en la manera de proponer la Demanda) y, de no ser admitidas dichas excepciones, desestime la demanda y absuelva a mis representados, imponiendo el pago de las costas a la parte actora".

3.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Marbella, dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 1991, cuyo FALLO es como sigue: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Luis Roldán Pérez, en nombre y representación de D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , y desestimando las excepciones opuestas de contrario, debo declarar y declaro la nulidad de la aportación del chalet " CASA000 " de la DIRECCION001 de esta Ciudad, fincas registrales dieciocho mil ochenta y cinco y dieciocho mil ochenta y seis del Registro de la Propiedad número tres de Marbella, otorgada por el actor a favor de la Entidad DIRECCION000 , mediante escritura número NUM002 de 9 de octubre de 1987 ante el Notario de Málaga D. Alfonso Casasola Tobía, y de la escritura de opción de compra de acciones otorgada por el mismo favor de Doña Consuelo en idéntica fecha en dicha Notaría con el número NUM003 , y que son igualmente nulos y sin valor los asientos e inscripciones registrales que contradigan el derecho dominical de los demandantes sobre las citadas fincas, dejando a salvo la figura del tercero hipotecario, debiéndose cancelar las citadas inscripciones y tomar razón en los Protocolos Notariales aludidos, condenando a los demandados DIRECCION000 , DOÑA Consuelo , DON Luis María y D. Jaime , a estar y pasar por estas declaraciones, a que se abstengan de realizar acto contrario al derecho dominical de los actores y en su caso a hacerles entrega de la citada finca " CASA000 ", llevándose a cabo a costa de los demandados las mencionadas cancelaciones y tomas de razón, y al pago de las costas procesales".

#### SEGUNDO.-

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia pronunciada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia en fecha 30 de diciembre 1993, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. García González en nombre y representación indicados y contra la sentencia dictada en su día por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Marbella en autos de Menor Cuantía nº 278/88 debemos de revocarla y la revocamos en el sentido de estimar la excepción de falta de legitimación activa Don. Bartolomé en cuanto a la acción ejercitada junto con la codemandante Doña Sofía , así como la de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la ejercitada por esta y en consecuencia ciñendo el fallo a la acción de nulidad por simulación interpuesta por el demandante Don. Bartolomé , confirmar el dictado en su día, y declarando nula la transmisión del inmueble que se describe en la demanda así como de todos aquellos títulos y escrituras consecuencia de la misma, condenando a las partes a devolverse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, así como sus frutos e intereses. En orden al pago de las costas procesales se condena a los codemandados a que satisfagan las causadas en la instancia por Don Bartolomé , lo cual harán por cuarta parte cada uno, no así las causadas por Doña Sofía , no haciendo especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en el recurso".

#### TERCERO.-

1.- La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Aurora Gómez-Villaboa Mandri, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Consuelo , la Mercantil " DIRECCION000 .", D. Luis María y D. Jaime , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al amparo del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inciso primero del ordinal 3º. Por infracción de los artículos 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia dictada al efecto y artículo 24.2 y 120.3 de la Constitución, y jurisprudencia del TC, así como de los artículos 247 y 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Infringidos todos ellos por el concepto de no aplicación. SEGUNDO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, al amparo del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ordinal 3º, inciso primero. Por infracción del artículo 533, 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 153, 154, 156 y 159 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia dictada al efecto y artículo 24.2 y 120.3 de la Constitución, y jurisprudencia del TC, por el concepto de no aplicación. TERCERO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que son de aplicación para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del artículo 1692, ordinal 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1545 y 1450 del Código Civil, y artículos 1272 y 1276 del Código Civil, infringidos por el concepto de aplicación indebida. CUARTO.- Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del artículo 1692, ordinal 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil,



por infracción de los artículos 1214, 1218, 1227 y 1220 y 1257 del Código Civil, y jurisprudencia al efecto y los artículos 597.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y jurisprudencia al efecto. Preceptos infringidos por inaplicación. Así como la infracción de los artículos 1249 a 1253 y 1274 y 1277 del citado Código Civil, por aplicación indebida".

2.- El Procurador de los Tribunales D. León Carlos Alvarez Alvarez (posteriormente sustituido por el Procurador Sr. Jesús Fontanilla Fornieles), en nombre y representación de D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , interpuso recurso de casación contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Se formula al amparo del número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fundado en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "in fine" de su párrafo 1º sobre la necesidad de decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, lo que a su vez entraña una infracción del artículo 24 nº 1 de la Constitución Española, habiéndose producido la indefensión de los demandantes Sres. Bartolomé y Doña Sofía . SEGUNDO.- Se formula al amparo del número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que regulan la acumulación de acciones contenidas en los artículos 153 y 156 de la misma Ley Procesal, habiéndose producido con ello la indefensión de los demandantes, hoy recurrentes, D. Bartolomé y Doña Sofía . TERCERO.- Se formula al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se funda en que el fallo recurrido infringe el artículo 1261 nº 1º del Código Civil"

3.- Admitidos los recursos de casación , se entregaron copias de los escritos a las representaciones de los recurridos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en plazo de 20 días puedan impugnarlos.

4.- El Procurador de los Tribunales D. Carlos Alvarez Alvarez (posteriormente sustituido por D. Jesús Fontanilla Fornieles), en nombre y representación de D. Bartolomé y Doña Sofía , presentó escrito de impugnación al recurso de casación interpuesto de contrario, y tras alegar los motivos que estimo pertinentes, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Consuelo y otros y se estime el interpuesto por su parte.

5.- Asimismo la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Aurora Gómez-Villaboa Mandri, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Consuelo y otros, impugnó el recurso de casación interpuesto por D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , alegando los motivos que estimó oportunos al caso, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia conforme al petitum contenido en el suplico de su recurso de casación e igualmente desestime todos los motivos de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bartolomé y D<sup>a</sup> Sofía , con expresa imposición de costas.

6.- Al no haberse solicitado por ninguna de las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de febrero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por los esposos don Bartolomé y doña Sofía se formuló demanda de juicio de menor cuantía contra doña Consuelo , la entidad mercantil DIRECCION000 ., don Luis María , don Jaime y contra cualquier persona que pueda deducir interés en la entidad mercantil DIRECCION000 . o en el inmueble " CASA000 " de la DIRECCION001 , de Marbella; en el suplico de la demanda se solicita sentencia por la que se declare que don Bartolomé y doña Sofía son los únicos y exclusivos propietarios del chalet " CASA000 " de la DIRECCION001 , término de Marbella, integrado por las fincas registrales NUM004 y NUM005 , actualmente las NUM006 y NUM007 , inscritas en el Libro NUM000 , Tomo NUM001 del Registro de la Propiedad de Marbella y que se describen en el hecho segundo de la demanda, declarando así mismo la nulidad de la aportación de tales fincas otorgada por don Bartolomé a favor de la entidad DIRECCION000 . mediante escritura nº NUM002 de 9 de octubre de 1987 ante el Notario de Málaga don Alfonso Casasola García y de la escritura de opción de compra de acciones otorgada por Don. Bartolomé a favor de doña Consuelo con el nº NUM003 el día 9 de octubre de 1987 ante el citado Notario Sr. Casasola Tobia y que son igualmente nulos y sin valor ambas escrituras y los asientos e inscripciones registrales que contradigan el derecho dominical de Don. Bartolomé y doña Sofía sobre las referidas fincas y de modo especial los asientos o inscripciones registrales que se hayan practicado o se practiquen en el Registro de la Propiedad de Marbella a consecuencia de las antedichas escrituras de aportación cuya nulidad se declare, asientos e inscripciones que se deberán cancelar, condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a que se abstengan de realizar acto alguno contrario al derecho dominical del actor y en su caso a hacerles entrega de la tan repetida finca " CASA000 " y a que a costa de los demandados se proceda a cancelar los asientos e inscripciones



registrales que se anulen y a efectuar toma de razón en los protocolos notariales donde obren las matrices de las escrituras anuladas.

Como fundamentos de estos pedimentos se alega en el de derecho II de la demanda: 1º que es causa de nulidad radical de las escrituras la falta de consentimiento de Doña. Sofía en el otorgamiento de las escrituras NUM002 y NUM008 de 9 de octubre de 1987; se manifiesta que los esposos demandantes, de nacionalidad alemana, suscribieron en 11 de diciembre de 1986 un contrato matrimonial, en el que optaron por el régimen matrimonial de comunidad de bienes, acordando que todos los bienes del matrimonio serían comunes y que los actos de disposición de los bienes matrimoniales sólo podrían hacerse conjuntamente mediante la intervención de ambos esposos; 2º Que la nulidad de la aportación del chalet a la sociedad DIRECCION000 y la opción de venta de las acciones a favor de la Sra. Consuelo, otorgadas ambas por el Sr. Bartolomé, viene también determinada porque ambos contratos son simulados y realmente carecen de verdadero objeto y de causa jurídica que los justifique legalmente. Se añade que "el Sr. Bartolomé acordó con el Sr. Luis María venderle la finca " CASA000 " en 62.000.000 Ptas, pero que el Sr. Luis María convenció al actor para encubrir dicha venta pura y simple con las apariencias de la aportación de la finca a una "sociedad fantasma" que el Sr. Luis María controla a su antojo, seguida tal aportación de una venta de acciones a la empleada y testaferro del propio Sr. Luis María y de la venta imaginaria de un cuadro inexistente por suma equivalente a los 62.000.000 Ptas convenidos, esto es, 513.036'93 dólares según el tipo de cambio corriente de aquella fecha.

El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella dictó sentencia estimatoria de la demanda; recurrida esta resolución en apelación por los demandados, recurso al que se adhirieron los actores, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga pronunció el siguiente fallo: "Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. García González en nombre y representación indicados y contra sentencia dictada en su día por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Marbella en autos de menor cuantía nº 278/88 debemos revocarla y la revocamos en el sentido de estimar la excepción de falta de legitimación activa Don. Bartolomé en cuanto a la acción ejercitada junto con la codemandante Doña Sofía, así como la de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la ejercitada por ésta y en consecuencia ciñendo el fallo a la acción de nulidad por simulación interpuesta por el demandante Don. Bartolomé, confirmar el dictado en su día, y declarando nula la transmisión del inmueble que se describe en la demanda así como de todos aquellos títulos y escrituras consecuencia de la misma, condenando a las partes a devolverse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, así como sus frutos e intereses". Sentencia que ha sido recurrida en casación por actores y demandados.

Segundo.- Invirtiendo el orden en que vienen expuestos en el escrito de interposición del recurso de casación de los demandados, procede entrar a examinar el segundo de ellos, acogido al inciso primero del ordinal 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se denuncia infracción del art. 523, 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y arts. 153, 154, 156 y 159 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia citada al efecto y art. 24.2 y 120.3 de la Constitución y jurisprudencia (sic) del TC, por el concepto de no aplicación, denuncia que de ser estimada haría innecesario el estudio de los restantes motivos. A su vez este motivo del recurso de los demandados está en íntima relación con el también segundo del recurso interpuesto por los actores don Bartolomé y doña Sofía en que, por cauce procesal correcto, se alega infracción de las normas que regulan la acumulación de acciones contenidas en los arts. 153 y 156 de la Ley Procesal Civil.

Desestimada en la primera instancia la excepción opuesta por los demandados denunciando una incorrecta acumulación de acciones y reiterada esa excepción en la vista del recurso de apelación, la sentencia recurrida la acoge en los siguientes términos: "toda vez que constando que la causa de la acción entablada por la codemandante Sra. Sofía, no es otra que la nulidad del negocio dispositivo efectuada por su esposo y también codemandante, en cuanto que actuó sin su consentimiento, y teniendo en cuenta que según ha establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 1993, y las que ésta cita, que cuando se interpone la acción de nulidad de un contrato oneroso de un bien de la comunidad matrimonial, únicamente podrá interponerla el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, y nunca el cónyuge que otorgó el contrato, el cual deberá ser llamado al litigio como parte demandada, pues si en definitiva de lo que se trata es de anular un contrato, su llamada al proceso se hace necesario con dicho carácter de demandado, no pudiendo en consecuencia aceptar el razonamiento que en orden a solventar dicho defecto se contiene en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, y que no es otro de entender que al ser parte el marido en el proceso se purga lo anterior, siendo indiferente que lo sea como demandado o como demandante, pues ello supondría por un lado conferirle una acción de nulidad que según queda dicho carece de ella y por otro por cuanto que se haría imposible el pronunciamiento judicial acogedor de la pretensión de la parte actora en cuanto ello supondría condenar al codemandante a su propia pretensión, por todo lo cual y entendiéndose que la acumulación de acciones ha sido indebidamente ejercitada y por ende que las partes que en su día otorgaron el contrato dispositivo no han sido llamadas al proceso en su totalidad, se hace obligada la estimación de la falta de excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y por tanto la plena admisibilidad del motivo (fundamento de derecho segundo).



Indiscutible la doctrina que se cita contenida en la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1993, es asimismo doctrina jurisprudencial la recogida en la sentencia de 25 de febrero de 1966 según la cual "si bien es verdad que el presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario, obliga a avocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material que es objeto de debate judicial y que de alguna manera han de quedar afectados por la resolución que se dicte, sin embargo no tiene ese alcance absoluto que propugna el recurrente, porque resulta de toda evidencia la innecesariedad de traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado ya de manera formal y fehaciente, su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía, aunque tal aquiescencia hubiera sido pactada antes y fuera del proceso, pues la colocaría en la incómoda situación de tener que soportar los desagradables efectos de la rebeldía si no se personaban o les ponía en riesgo de tener que pagar las costas, si se personaban y ratificaban aquel reconocimiento y ello se interpretaba como un simple allanamiento a la demanda"; doctrina ratificada en sentencia de 25 de junio de 1976 a cuyo tenor "este Tribunal, inspirándose en lo declarado en la sentencia de 8 de mayo de 1963, recaída en un recurso de injusticia notoria, tiene también establecido que es innecesario traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídico-material, han demostrado de manera formal y fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos pretendían, aunque tal aquiescencia hubiera sido prestada antes y fuera del proceso en un acto de conciliación celebrado con avenencia ( sentencia de 25 de febrero de 1966, confirmada por la de 28 de diciembre de 1973), excepción que concurre en el presente caso". Doctrina que aplicada al supuesto litigioso determina el rechazo de la excepción de litis consorcio pasivo alegada, pues figurando el marido como demandante, si bien ha de negarsele legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto dispositivo por falta de consentimiento de su esposa, su presencia en el procedimiento es muestra de su aquietamiento a la pretensión de anulabilidad ejercitada por la esposa por lo que no era necesaria su llamada al pleito en concepto de demandado sin que la sentencia, en caso de declaración de nulidad, haya de contener un pronunciamiento condenatorio para el marido ya que vendría obligado a soportar la nulidad en razón al consentimiento manifestado a la acción ejercitada por su esposa.

La desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario conduce al rechazo de la alegación de defectuosa acumulación de acciones teniendo en cuenta que las acciones acumuladas nacen ambas de un mismo contrato cuya nulidad se postula, si bien por diferentes causas no incompatibles entre sí, se dirigen contra las mismas personas en conceptos de demandados .

Por todo ello procede la desestimación del motivo segundo del recurso de los demandados y acoger el también segundo del recurso de los actores.

Tercero.- La estimación de este segundo motivo del recurso interpuesto por los esposos don Bartolomé y doña Sofía no implica por sí sola la estimación de la acción de anulabilidad por falta de consentimiento uxorio, recuperando funciones de instancia en relación con esa acción ha de resolver lo que corresponda de acuerdo con los términos en que queda planteado el debate ( art. 1715-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); previamente ha de señalarse la improcedencia de los otros dos motivos que integran el recurso interpuesto por los citados esposos; el primero, en cuanto denuncia una incongruencia omisiva por no haber entrado la Sala de instancia a resolver esa acción de anulabilidad por falta del consentimiento de la esposa, dado que la estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario impedía al Tribunal de apelación entrar en el fondo del asunto. El tercer motivo, habida cuenta que denuncia infracción del art. 1261-1º del Código Civil, cuestión de fondo que la Sala ha de resolver, no en estudio del motivo, sino por haber recuperado la instancia al quedar removido el obstáculo procesal apreciado en la instancia.

Ha quedado acreditado en autos que el contrato matrimonial celebrado por los esposos Bartolomé y Sofía ante el Notario de Munich (Alemania) el día 11 de diciembre de 1986 por el que establecieron régimen de comunidad de bienes no tuvo acceso, por voluntad de los cónyuges manifestada en el contrato, al Registro de Régimen de Bienes alemán ni tampoco al registro de la Propiedad español en que estaba inscrita la finca a que se refieren los contratos en cuestión a nombre del esposo; no constando que éste manifestase a las otras partes la existencia de dicho régimen matrimonial ni que éstas hubiesen tenido conocimiento del citado régimen económico matrimonial; por ello tales capitulaciones no pueden afectar a terceros de acuerdo con el art. 1412.1 del Código Civil alemán según el cual "cuando los cónyuges hubieren excluido o modificado el régimen legal de bienes , podrán, en virtud de ello y frente a un tercero, aducir objeciones a un negocio jurídico celebrado entre uno de ellos y el tercero únicamente si las capitulaciones matrimoniales han quedado inscritas en el registro de régimen de bienes del Juzgado local competente o si eran conocidas por el tercero en el momento de celebrarse dicho negocio jurídico"; precepto de análogo contenido al art. 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto extiende la fe pública registral a quien contrata con el que en el Registro aparece con facultades dispositivas sobre el bien inscrito. En consecuencia procede la desestimación de la demanda en cuanto a la acción de anulabilidad por falta del consentimiento de la esposa al negocio transmisivo realizado por el marido.



Cuarto.- Retomando el recurso interpuesto por los codemandados, su motivo primero alega, por el cauce del ordinal 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los arts. 359 y 361 de la misma Ley y jurisprudencia dictada al efecto y art. 24.2 y 120.3 de la Constitución, y jurisprudencia (sic) del TC, así como de los arts. 247 y 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infringidos todos ellos por el concepto de no aplicación.

El extenso alegato del motivo se contrae a poner de relieve que el demandante Sr. Bartolomé en su escrito de demanda está manifestando que se concertó la compraventa sobre el objeto y el precio y sin embargo se estableció un cauce para documentar tal transmisión a través de una aportación societaria en entidad dominada por el Sr. Luis María ; con ello, se dice en el motivo, se está reconociendo la realidad de la compraventa, como así lo entiende el Juez "a quo" y no se puede hacer esa mención respecto de la compraventa como nuevo relato histórico y encubierto por el simulado, la aportación; se añade en este alegato que resulta acreditada la infracción que se denuncia, porque se separa de la existencia de una venta simulada encubierta en un contrato de aportación de bienes a una sociedad, venta sobre la que ha habido acuerdo sobre la cosa y el precio, según la actora, la que quiere que se resuelva por falta de pago, aunque se pide desviadamente la nulidad por simulación de la aportación de la finca, no por la inexistencia de la compraventa amparada, sino por incumplimiento de la misma. Igualmente se alega que la Sala "a quo" no ha entrado a examinar el contrato de compraventa del cuadro a que se refiere la demanda por el precio de sesenta y dos millones de pesetas.

Es cierto como se afirma en el motivo la sentencia recurrida no hace referencia alguna a la compraventa del cuadro cuyo precio sería el precio de la compraventa de la finca, según el actor, y que tampoco ha tenido en cuenta el relato histórico, la causa petendi, que fundamenta la pretensión actora en que se afirma la existencia de un contrato de compraventa entre don Bartolomé , como vendedor, y don Luis María , como comprador, sobre la finca denominada " CASA000 " que se describe en la demanda, por el precio de sesenta y dos millones de pesetas, compraventa que se articuló a través de la aportación por el actor de la finca a la sociedad DIRECCION000 . y una compraventa de un cuadro que se dice ser obra del pintor Jose Manuel por el precio de sesenta y dos millones de pesetas; no ha resuelto la Sala sentenciadora "a quo" la cuestión debatida en los términos planteados por lo que la misma adolece de incongruencia y procede la estimación del motivo. La estimación de este motivo hace innecesario el tercero en que se alega infracción de los arts. 1548 y 1450 del Código Civil y en el que se reiteran en gran parte las alegaciones del primero y la incongruencia en este denunciada, ya que sobre tal cuestión habrá de decidir la Sala por mandato del art. 1715-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinto.- El motivo cuarto del recurso alega infracción de los arts. 1214, 1218, 1227 y 1220 y 1257 del Código Civil y jurisprudencia al efecto y del art. 597.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia al efecto. Preceptos infringidos por inaplicación. Así como la infracción de los arts. 1249 a 1253 y 1274 a 1277 del Código Civil. Aparte de la improcedente alegación en un mismo motivo de casación de preceptos legales de distinto contenido por razón del confusionismo que de ello se deriva, el motivo no puede prosperar.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario público que, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 15 de mayo y 2 de junio de 1983, 24 de febrero de 1986, 1 de julio y 5 y 10 de noviembre de 1988 y 23 de septiembre de 1989 "la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque esto escapa a la apreciación notarial, dado que, evidentemente, el documento público da fe del hecho y de la fecha, es decir, de lo comprendido en la unidad de acto, pero no de su verdad intrínseca"; por otra parte, la necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el art. 1253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación es doctrina reiterada de esta Sala que en sentencia de 5 de noviembre de 1988 dice que "como tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 13 de octubre de 1987 al ser grandes las dificultades de la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba de presunciones que autoriza el art. 1253 del Código Civil invocado como apoyo del invocado motivo quinto, y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son exponente, entre otras y como mas recientes, las sentencias de esta Sala de 25 de abril de 1981, 2 de diciembre de 1983 y 10 de julio y 5 de septiembre de 1984": Habiendo hecho uso el Juzgador de instancia de la prueba de presunciones para apreciar la existencia de simulación contractual, no ha infringido ni el art. 1214 ni los alegados sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos que se alegan, no siendo factible la alegación del art. 1249 del Código Civil para atacar el elemento fáctico de la presunción una vez fue derogado el antiguo número 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril.



Sexto.- La estimación del motivo primero del recurso interpuesto por los demandados, obliga a esta Sala a resolver la cuestión a que se refiere el motivo de acuerdo con los términos en que aparece planteado el debate ( art. 1715-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Según reiterada jurisprudencia ( sentencia de 29 de julio de 1993 y las en ella citadas) se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito comercial inexistente por completo por carencia de causa y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostenta una finalidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

Manifestado en la fundamentación fáctica de la demanda que el negocio jurídico que las partes se propusieron concertar fue un contrato de compraventa sobre la finca propiedad del Sr. Bartolomé que se describe en el hecho segundo de la demanda por el precio de sesenta y dos millones de pesetas, operación a la que se le dio la forma de una aportación de capital "in natura" a la sociedad DIRECCION000 . combinada con una opción de compra a favor de la codemandada doña Consuelo y con un contrato privado de compraventa de un cuadro que se dice ser del pintor Jose Manuel y cuyo precio se fijó en sesenta y dos millones de pesetas, figurando como comprador el también codemandado Jaime , de las pruebas aportadas a los autos se infiere, de acuerdo con el art. 1253 del Código, que quien dirige y regenta la sociedad DIRECCION000 . con una evidente confusión de personalidades y patrimonios es el demandado don Luis María , figurando la nombrada presidente en la Junta Universal celebrada el día 8 de octubre de 1987, doña Consuelo , a los meros efectos formales ya que no obstante aparecer como accionista mayoritaria, con casi un ochenta por ciento del capital social, desconoce en absoluto la marcha y actividades sociales, reconociendo que de ella se encarga el Sr. Luis María quien, por otra parte, fue quien aportó los cien millones de pesetas importe de la suscripción de acciones que aparece haber hecho doña Consuelo en la ampliación de capital acordada en la referida Junta; en cuanto al otro codemandado, don Jaime , afirma que su pertenencia a la sociedad fue para completar el número de personas necesarias para su constitución. De las pruebas aportadas surge la íntima conexión entre el negocio de aportación a la sociedad del inmueble y la compraventa del referido cuadro como formando parte del entramado simulador de la compraventa del inmueble; no es admisible la independencia entre uno y otro negocio que alegan los demandados. Resulta probado que ambos negocios jurídicos se llevaron a cabo en el mismo momento, el día 9 de octubre de 1987; que el cheque que se entregó al Sr. Bartolomé por importe de 513.036`93 dólares USA, contravalor de 62.000.000 de pesetas, fue llevado a la sucursal de Citibank en que estaba abierta la cuenta librada, por el Sr. Luis María quien pidió al empleado del Banco que les diese el contravalor y rellenase el talón; que en ese momento no se llevó el cuadro para su depósito en esa sucursal bancaria sino varios días después y que al no poder depositarse en ella, se llevó al Banco de Jerez, en Marbella, quedando depositado en una caja de seguridad; del acta notarial de veintiuno de abril de 1988, de personación del Notario autorizante a requerimiento de Don Luis María , en el Banco de Jerez, de Marbella, para comprobar la existencia en las cajas de seguridad de la entidad del referido cuadro, se pone de manifiesto que es el Sr. Luis María quien lo depositó allí ya que en otro caso el Banco no accedería, ni siquiera con intervención notarial, a mostrar el contenido de una caja de seguridad a quien no fuera titular de la misma; no es lógico, ni está justificada la razón, de que siendo el Sr. Luis María ajeno a la venta de dicho cuadro, tenga acceso al mismo estando depositado en una caja de seguridad de un Banco. No aparece probado que ante el incumplimiento que se atribuye al Sr. Bartolomé al intentar el cobro del cheque antes de la fecha pactada, se haya intentado la devolución del cuadro al vendedor, siendo inexistente tal incumplimiento puesto que se pactó que el precio sería abonado por el deudor con anterioridad al próximo día 24 de octubre de 1987, constando en autos que el cheque fue presentado al cobro el día 26 de octubre de 1987 así como que en el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 1986 al de noviembre de 1987, el saldo máximo que arrojó la cuenta don Jaime contra la que ésta libró el cheque impagado fue de veinte mil pesetas, es decir, que el impago no obedeció a que se intentase el cobro del cheque por el Sr. Bartolomé antes de lo pactado y de que se comprobase la autenticidad del cuadro, autenticidad que, por otra parte, en ningún momento se intentó verificar; es ilógico que, sin previa prueba de la autoría del cuadro se entregue al vendedor, que no aporta prueba alguna de la misma, el precio mediante un cheque, sobre todo sí como alegan los demandados al cuadro se compraba para un tercero no identificado. De todo ello se concluye que el negocio de aportación de capital a la sociedad DIRECCION000 . fue, complementado por el contrato de compraventa de un cuadro entre el Sr. Bartolomé y el Sr. Jaime , un contrato simulado, con simulación relativa, no absoluta como establece la sentencia "a quo", encubridor de un contrato de compraventa entre don Bartolomé , como vendedor, y don Luis María , como comprador, sobre el inmueble " CASA000 ", descrito en el hecho segundo de la demanda, siendo el precio de venta el de sesenta y dos millones de pesetas, venta perfectamente válida aunque el vendedor no haya recibido el precio, lo que en su caso puede dar lugar a las acciones de cumplimiento o resolutorias de que se crea asistido el vendedor, no ejercitadas en este procedimiento.



En consecuencia procede acordar la cancelación de las inscripciones registrales causadas por la escritura pública de 9 de octubre de 1987 y las que en ellas traigan causa en relación con el inmueble denominado " CASA000 ", descrito en el hecho segundo de la demanda.

Séptimo.- La estimación del motivo primero del recurso interpuesto por los demandados y del segundo del interpuesto por los actores determina la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida y la revocación de la de primera instancia, sin hacer expresa condena en las costas en ninguna de las instancias ni en las causadas en los respectivos recursos de casación, a tenor de los arts. 523.2, 710 y 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos, de un parte, por doña Consuelo . Promociones Urbanas, S.A., don Luis María y don Jaime y, de otra, por don Bartolomé y doña Sofía , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y tres que casamos y anulamos; y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Marbella de fecha doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno, debemos declarar y declaramos, con estimación parcial de la demanda, la nulidad por simulación relativa de la suscripción de acciones y aportación de bien inmueble realizada por don Bartolomé a la sociedad DIRECCION000 . y de la opción de compra de acciones a favor de doña Consuelo , documentadas en escritura pública otorgada ante el Notario de Málaga, don Alfonso Casasola Tobia el día nueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete, con el número cuatro mil seiscientos treinta y dos de su protocolo; y debemos acordar y acordamos la cancelación de las inscripciones registrales causadas por dicha escritura en relación con el inmueble aportado por don Bartolomé a DIRECCION000 . y las que de ellas traigan causa; debemos declarar y declaramos la existencia de un contrato de compraventa entre don Bartolomé , como vendedor, y don Luis María , como comprador, sobre la finca denominada " CASA000 ", descrita en el hecho segundo de la demanda, por precio de sesenta y dos millones de pesetas. Debemos desestimar y desestimamos las demás peticiones de la demanda, condenando a las partes a estar y pasar por estas declaraciones.

Sin hacer expresa condena en las costas de las instancias ni en las de los respectivos recursos de casación.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Francisco Morales Morales.- Pedro González Poveda.- firmados y rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Pedro González Poveda, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.