

Roj: **STS 7512/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7512**Id Cendoj: **28079110012012100666**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/09/2012**Nº de Recurso: **411/2010**Nº de Resolución: **551/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 3244/2009,**  
**STS 7512/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 353/2009 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 251/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Pravia, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana Díez de Tejada Álvarez en nombre y representación de doña Almudena, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Nicolás Álvarez Real en calidad de recurrida y el procurador don Gabriel de Diego Quevedo en nombre y representación de don Millán y de doña Josefa en calidad de recurrente.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Ana Díez de Tejada Álvarez, en nombre y representación de Doña Almudena interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Josefa y contra don Millán y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare: "...A Que la farmacia litigiosa tanto el local de negocio - descrito en el hecho segundo -A) de la demanda (finca registral nº NUM000 del R. Prop. Nº 1 de Gijón)- como la oficina de farmacia asentada en el mismo a los que se refieren los documentos 3 y 4 de la demanda, fueron adquiridos en su día por el causante D. Adriano por donación onerosa, modal o con cargas, hecha por los demandados doña Josefa y don Millán y documentada en escritura de fecha 21 de noviembre de 2000, completada por documento privado de la misma fecha, siendo el importe de la carga la mitad de su valor a la fecha de la donación.

B.- Que la carga impuesta en el documento privado de fecha 21 de noviembre de 2000 ha sido satisfecha en la forma y plazos pactados mediante pagos sucesivos anuales a costa de la sociedad de gananciales integrada por don Adriano y la actora, si bien restan por pagar los plazos no vencidos a la fecha del fallecimiento del causante que ascienden a 93.326,33 euros, sin interés

C.- Que no procede la reversión íntegra de la farmacia a los donantes (entendida ésta como el conjunto de local en que se asienta y la oficina o negocio de farmacia propiamente dicho) y únicamente puede ser objeto de reversión la mitad de lo donado en su día y que se concreta en la mitad indivisa del local en que se asienta la farmacia; la mitad indivisa de las instalaciones, mobiliario y útiles farmacéuticos existentes a la fecha de la donación; y la mitad del valor que tenía el fondo de comercio a la fecha de la donación, en su día tasado en 80 millones de pesetas el total - valor actualizado de 603.896,96 euros - y por tanto esa mitad actualizada asciende a 301.948,48 euros.



D.- Que la otra mitad de esos bienes que corresponden a la parte onerosa de la donación se integran en el haber privativo de la herencia del causante, como activo, es decir: la mitad indivisa del local en que se asienta la farmacia; la mitad indivisa de las instalaciones, mobiliario y útiles farmacéuticos existentes a la fecha de la donación; y la mitad del valor que tenía el fondo de comercio a la fecha de la donación, en su día tasado por los propios donantes en 80 millones de pesetas el total, y que esa mitad actualizada asciende a 301.948,48 euros.

E.- Que también están en el haber privativo de la herencia del causante como activo:

- El mobiliario e inversiones incluida la creación de una página Web, adquiridos por el causante para el negocio de farmacia a costa de la sociedad de gananciales, referidos en el hecho tercero apartado B;

- Las existencias adquiridas para el negocio a costa de la sociedad de gananciales y que se encontraban en la farmacia al momento de su fallecimiento, referidas en el hecho tercero apartado A.

F.- Que están en el pasivo del causante:

- Las cantidades adeudadas a los demandados por consecuencia de la carga impuesta con la donación de la farmacia, no satisfechas a la fecha de su fallecimiento por no haber vencido y que ascienden a 93.326,33 euros.

- La deuda para con la sociedad de gananciales por las cantidades satisfechas a costa de la misma para el pago de la obligación contraída en el documento privado de fecha 21 de noviembre de 2000 que actualizadas ascienden a 235.340,58 euros.

- La deuda para con la sociedad de gananciales por los gastos e inversiones efectuadas en el negocio de farmacia en concepto de nuevas instalaciones, tanto tecnológicas como de mobiliario y equipamiento cuyo importe asciende a 22.387,07 euros;

- La deuda para con la sociedad de gananciales por el valor de las existencias obrantes en la farmacia al momento del fallecimiento, que ascienden a 101.904,39 euros.

G.- Que el aumento de valor del fondo de comercio entendido como la diferencia entre el valor del fondo de comercio a que se refiere la escritura de donación - que actualizado asciende a 603.896,96 ? según informe pericial - y el valor actual del mismo que según el informe pericial podría ser de 2.102.237,11 euros - si bien la valoración última quedará condicionada a las negociaciones de compraventa de la farmacia - tiene carácter ganancial y constituye un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al negocio farmacia en su conjunto; o subsidiariamente, si se considera que el aumento de valor del fondo de comercio tiene carácter privativo del causante, la sociedad de gananciales tiene el mismo derecho de crédito por su importe.

H.- Que en caso de haberse otorgado escritura de reversión unilateral de la totalidad de la farmacia - local y oficina de farmacia propiamente dicha - a favor de los demandados ésta es nula o subsidiariamente rescindible, y también es nulo o subsidiariamente rescindible cualquier otro acto de disposición realizado por ellos sobre la misma.

Condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a su cumplimiento, así como al pago de las costas del juicio.

2.- El procurador don Benigno González González, en nombre y representación de don Millán y de doña Josefa , contestó a la demanda exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se desestimen las pretensiones contenidas en la demanda rectora, conforme a lo expuesto en el cuerpo de la presente contestación, con expresa imposición de costas a la actora ".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña Ana Díez de Tejada Álvarez en nombre y representación de doña Almudena contra doña Josefa y don Millán , con las siguientes consecuencias:

1º Que la carga impuesta en el documento privado de fecha 21 de noviembre de 2000 ha sido satisfecha en la forma y plazos pactados mediante pagos sucesivos anuales a costa de la sociedad de gananciales integrada por don Adriano y doña Almudena , existiendo un derecho de crédito de dicha sociedad de gananciales frente a doña Josefa y don Millán por importe de 235.340,58 euros.

2º Que están en el haber de la herencia del causante, como activo:

- Derecho e crédito frente a doña Josefa y don Millán correspondiente al mobiliario e inversiones incluida la creación de una página web, adquiridos por el causante para el negocio de farmacia a costa de la sociedad de gananciales, por importe de 22.387,07 euros.



- Derecho de crédito frente a doña Josefa y don Millán correspondiente a las existencias adquiridas para el negocio a costa de la sociedad de gananciales y que se encontraban en la farmacia al momento de su fallecimiento, por importe de 101.904,39 euros.

3º Que están en el pasivo del causante:

- La deuda para con la sociedad e gananciales por los gastos e inversiones efectuadas en el negocio de farmacia en concepto de nuevas instalaciones, tanto tecnológicas como de mobiliario y equipamiento cuyo importe asciende a 2.387,07 euros;

- La deuda para con la sociedad de gananciales por el valor de las existencias obrantes en la farmacia al momento del fallecimiento, que ascienden a 101.904,39 euros.

4º Que el aumento del valor del fondo de comercio entendido como la diferencia entre el valor del fondo de comercio a que se refiere la escritura de donación - que actualizado asciende a 603.896,96 euros, y el valor final del mismo que asciende a 1.926.379,46 euros, tiene carácter privativo y ha generado un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a doña Josefa y don Millán por importe de 25% de dicha diferencia.

En cuanto a las costas, cada parte satisfará las causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad".

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Millán y de doña Josefa , la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Con estimación parcial del recurso presentado contra la sentencia dictada en procedimiento ordinario nº 251/2008, del Juzgado de Primera Instancia de Pravia, por la representación de doña Almudena , debemos, confirmando los restantes pronunciamientos, modificar tan solo la cuantía del crédito de la sociedad de gananciales frente a doña Josefa y don Millán , constituido por la diferencia entre el valor del fondo de comercio del negocio de farmacia en su conjunto, a que se refiere la escritura de donación - que actualizado asciende a 603.896,96 euros, y el valor final del mismo que asciende a 1.926.379,46 euros. No se hace declaración sobre las costas causadas en la alzada".

**TERCERO** .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Millán y de doña Josefa , con apoyo en los siguientes MOTIVOS :

Primero.- Por interpretación errónea de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil y doctrina y jurisprudencia que los desarrolla.

Segundo.- Por vulneración de los artículos 812 y 456 del Código Civil y doctrina y jurisprudencia que los desarrolla.

**CUARTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de noviembre de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de doña Almudena presentó escrito de impugnación al mismo.

**QUINTO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de septiembre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole sustantiva y doctrinal, la aplicación de la figura del *derecho de retorno o de reversión legal de donaciones previsto en el artículo 812 del Código Civil* , si bien, como se detallará mas adelante, conectada previamente a la *calificación resultante de la donación realizada* , ya como donación pura, o como donación con causa onerosa, y finalmente con el tratamiento debido respecto de *las mejoras introducidas en el objeto donado constante matrimonio del donatario bajo régimen conyugal de sociedad de gananciales ( artículo 1359 del Código Civil )* .

En orden a la mejor comprensión de estas cuestiones y del debate del recurso planteado conviene que sinteticemos el contexto del presente caso en atención a los siguientes hechos:

A) Doña Almudena contrajo matrimonio con don Adriano el 19 de mayo de 2001, que falleció sin descendencia el 17 de enero de 2008.

B) El 21 de noviembre de 2000, doña Josefa y don Millán otorgaron escritura de donación pura y simple de una farmacia a favor de su hijo don Adriano ; valorando el inmueble en 10 millones de pesetas y el establecimiento



en 90 millones, de los cuales 80 millones correspondían al fondo de comercio y 10 al mobiliario, instalaciones y útiles farmacéuticos. La donación se consideró expresamente como mejora, sin obligación de colacionar.

C) Simultáneamente, el mismo día 21 de enero de 2000, ambas partes suscribieron un documento privado por el que don Adriano , en compensación a la dispensa de colación efectuada en la escritura pública, se obligaba a abonar a sus padres 50 millones de pesetas, a razón de diez entregas anuales de cinco millones cada una, la primera de ellas el 31 de diciembre de 2001.

D) Tras el fallecimiento de don Adriano sus padres, conforme a lo dispuesto en el artículo 812 del Código Civil , otorgaron escritura de reversión de la farmacia a su favor el 4 de abril de 2008.

E) En la fecha del fallecimiento de don Adriano se habían pagado, con cargo a la sociedad de gananciales y en cumplimiento de la obligación establecida en el documento privado, un total de 207.780,73 euros; constanding existencias adquiridas con fondos gananciales por un importe de 101.904,39 euros.

F) Constante matrimonio también resultaron acreditados gastos e inversiones en concepto de nuevas instalaciones, tanto tecnológicas como de mobiliario y equipamiento, por un importe e 22.387,07 euros.

G) Por su parte, el valor del fondo de comercio de la farmacia aumentó de 603.896,96 euros, valor correspondiente al 21 de noviembre de 2000, al actualizado en fecha de 31 de diciembre de 2007, de 1.926.379,46 euros.

H) El Juzgado de Primera Instancia confirmó el derecho de reversión y reconoció un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a los donantes por importe ya pagado en compensación de la dispensa de colación de la farmacia, así como por el importe de las existencias adquiridas y de los gastos e inversiones en concepto de nuevas instalaciones que se realizaron. Respecto a la cuestión del fondo de comercio consideró que se había generado un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por un importe concretado en un 25% de la diferencia de su valor existente en la actualidad. La Sentencia de Segunda Instancia estimó parcialmente el recurso presentado por la apelante doña Almudena , en el sentido de considerar como crédito de la sociedad de gananciales el 100% de la diferencia de valor apreciada en el fondo de comercio de la farmacia.

2. El escrito de interposición del recurso de casación, presentado por la representación procesal de doña Josefa y don Millán , se articula en dos motivos. En el **Motivo Primero** se alega la interpretación errónea de los arts 1359 y 1360 CC y la jurisprudencia que los desarrolla, por no deberse considerar a sus principales como terceros a la sociedad de gananciales, no existiendo norma que haga depender los efectos de los arts 1359 y 1360 CC de la causa de disolución del matrimonio y que la interpretación dada se opone al espíritu de dichos preceptos según la jurisprudencia, que es determinar qué parte de la mejora en el bien privativo ha sido debida al trabajo o actividad de cónyuge no propietario, la interpretación se hace con abstracción de las causas ajenas que han contribuido al aumento de valor del bien privativo, y los efectos de la sentencia hacen que se grave por dos vías el mismo bien. En el **Motivo Segundo** , se alega la vulneración de los arts 812 y 456 CC y la doctrina y jurisprudencia que los desarrolla.

En el presente caso, los motivos deben ser estimados.

**La aplicación del mecanismo de reversión de donaciones del artículo 812 del Código Civil : naturaleza y alcance. La interpretación de las mejoras introducidas en el objeto donado, por la actividad de los cónyuges, en el curso del proceso de reversión: artículo 1359, párrafo segundo del Código Civil .**

**SEGUNDO** .- 1. Como se ha señalado, el desarrollo de la fundamentación pertinente al presente caso requiere de la previa delimitación jurídica de su contexto, especialmente del mecanismo de la reversión de la donación efectuada, así como de la calificación del tipo de donación y su posible causalización con el negocio simultáneo celebrado en documento privado.

Respecto a la primera cuestión señalada hay que tener en cuenta que la valoración de las mejoras introducidas en el objeto donado, como *questio iuris* del recurso planteado, *trae causa del curso del mecanismo de retorno o retrocesión* de lo donado al donante por voluntad de la ley, artículo 812 del Código Civil . En efecto, este mecanismo de retorno se produce porque su configuración jurídica *anida en la propia estructura funcional que ordena la eficacia de la donación efectuada , de modo que producido el evento reversional, fallecimiento del donatario sin posterioridad, su eficacia se extingue y concluye con efectos ex nunc, esto es, desde el momento del fallecimiento del donatario; con la lógica caducidad de los actos dispositivos del donatario* . En este planteamiento secuencial, por tanto, al donante le retornan los bienes donados en el estado en que se hallen jurídicamente y materialmente, con lo que la reversión da entrada, inevitablemente, en los supuestos en los que así acontezca, a un paralelo *proceso de liquidación posesoria que comprende tanto las reglas de accesión, como las del derecho a las impensas realizadas* . En nuestro caso, a las mejoras introducidas en el



objeto donado constante matrimonio del donatario bajo el régimen conyugal de gananciales, artículo 1359 del Código Civil .

Respecto de la segunda cuestión previa, la calificación resultante del tipo de donación efectuada en relación al negocio obligacional suscripto en documento privado, debe señalarse que, en términos generales, *la regla o principio de libertad contractual* , que establece nuestro artículo 1255 del Código Civil , permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondientes a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial, *STS de 10 de julio de 2012 8Nº 428, 2012*).

En este sentido, parece bastante claro la unidad teleológica que presentan la donación efectuada y el documento privado en orden a configurar una donación con causa onerosa, en donde el incumplimiento de la prestación modal, pago establecido en compensación de no colacionar la farmacia adquirida, permitiría al donante proceder a su revocación ( artículo 647 del Código Civil ). *No obstante lo afirmado* , en el presente caso, y como acertadamente interpreta el Juzgado de Primera Instancia, no procede dicha calificación. *La razón de ello radica en los presupuestos de publicidad y de forma que nuestro ordenamiento exige respecto de la donación de bienes inmuebles* ( artículo 633 del Código Civil ). Presupuestos que, dada la especialidad de esta donación, vienen exigidos no sólo para su prueba o acreditación, ad probationem, sino *para su propia existencia y perfección, ad solemnitatem, ad substantiam y ad constitutionem*, de suerte que todo elemento prestacional, ya como modo, o bien como causa onerosa, debe de estar integrado en la escritura donacional para su posible juego en el mecanismo traslativo que define a la donación; *SSTS de 15 de marzo de 1995 y 11 de enero de 2007* . Cuando falta dicha integración, como en el presente caso, y pese a la evidente correspondencia teleológica de ambos documentos, *no cabe apreciar la unidad causal del marco negocial resultante, de forma que dichos actos jurídicos operan jurídicamente de un modo independiente y autónomo* . En efecto, desde esta conclusión el documento privado se presenta como un negocio de configuración jurídica, de finalidad mortis causa, que trayendo causa, a su vez, de la donación efectuada, tiene por objeto, independiente y autónomo, la compensación del donatario respecto de la dispensa de colación del bien donado.

2. Sentadas estas premisas, e incardinada las mejoras introducidas en el proceso de reversión, hay que señalar que, *sin cambiar la calificación del bien respecto de su carácter privativo, la plusvalía o el aumento de valor que experimente el bien mejorado por la actividad de cualquiera de los cónyuges, comportará un derecho de crédito en favor de la sociedad legal de gananciales por el importe del aumento de valor experimentado al tiempo de producirse el efecto reversional* ( *SSTS 25 de julio de 2002, RJ 2002, 6938 y 26 de noviembre de 2004 , RJ 2004, 7560* ). *Si bien, por el propio concepto de mejora, no deba entenderse incluida la dedicación del cónyuge propietario* , incluso teniendo una cualificación profesional específica, supuesto del presente caso en donde el donatario ejercía de farmacéutico, dado que su dedicación resulta inescindible de la buena administración respecto de los bienes propios y porque la sociedad de gananciales se beneficia directamente del rendimiento de su actividad profesional ( *STS de 30 de enero de 2004 , TJ 2004, 438* ).

*En cualquier caso* , debe sentarse, en contra de la interpretación realizada por la Sentencia de Apelación, *que la aplicación del artículo 1359, párrafo segundo del Código Civil , no contempla ninguna suerte de presunción iuris et de iure, o iuris tantum, en favor de la ganancialidad del plus valor experimentado* , sino que éste debe probarse por la parte que lo alegue; del mismo modo, que así como la mejora no cambia la calificación privativa del bien, tampoco cambia la condición de los posibles beneficiarios de dicha mejora, ya sean éstos los propios cónyuges, o como ocurre en el presente caso, los ascendientes donantes del bien, como herederos del cónyuge donatario fallecido.

Por último, el fundamento de la ganancialidad del incremento del valor experimentado por la actividad de los cónyuges, cuando así resulte acreditado, *guarda una clara congruencia con los criterios de ganancialidad dispuestos por el Código Civil, artículo 1347.1º* .

### **TERCERO .- Estimación del recurso y costas.**

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación en su integridad.
2. Por aplicación del artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394.1, del mismo Cuerpo Legal , procede hacer expresa imposición de costas de Apelación a doña Almudena , como parte apelante.
3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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



## FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Millán y doña Josefa , contra la Sentencia dictada, en fecha de 18 de diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 353/2009 , que casamos y anulamos en parte, conforme a los siguientes pronunciamientos:

1.1. Se confirma todos los pronunciamientos de la Sentencia, de 23 de marzo de 2009, del Juzgado de Primera Instancia de Pravia dictada en el procedimiento ordinario nº 251/2008.

1.2. En consecuencia, se revoca el pronunciamiento de la Sentencia de Apelación relativo a la cuantía del crédito de la sociedad de gananciales frente a doña Josefa y don Millán , que queda establecida en el 25% respecto del aumento del valor experimentado en el fondo de comercio del negocio de farmacia.

2. Por aplicación del artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394.1 del mismo Cuerpo Legal , procede hacer expresa imposición de costas de Apelación a doña Almudena , como parte apelante.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.