

EDJ 2009/175588

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 20ª, S 24-7-2009, nº 459/2009, rec. 788/2007

Pte: Arroyo García, Sagrario

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.208.2 , art.210 , art.214 , art.215 , art.217 , art.265.1 , art.283.1 , art.283.2 , art.283.3 , art.285.2 , art.287.2 , art.326 , art.339 ,
art.348 , art.376 , art.394.1 , art.398.1 , art.445 , art.446 , art.459 , art.461.1 , art.517.2

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11.1 , art.248.4

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.24.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1218 , art.1225 , art.1255 , art.1275 , art.1303 , art.1305 , art.1306.1 , art.1306.2 , art.1911

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CAUSA DE LOS CONTRATOS
EN GENERAL
CIERTA Y LÍCITA
Presunción de existencia y licitud
FALSA
CONTRATO
FIDUCIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Aplica art.11.1, art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el procedimiento ordinario núm. 744/2004 por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid, por el mismo se dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 2007, cuyo fallo dice: "Desestimo íntegramente la demanda planteada por D. Francisco frente a D. Segundo Y PRINCIPE DE VERGARA núm. 217, S.L., declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a los demandados de los pedimentos frente a ellos deducidos. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora, atendido el criterio objetivo de vencimiento"

TERCERO.- Notificada la indicada resolución a las partes, por la representación de D. Francisco, se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria se presentó escrito de oposición por la representación de D. Segundo Y PRINCIPE DE VERGA, S.L.

Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 15 de julio de 2009, en que ha tenido lugar lo acordado.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sala acepta los Fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia, en los términos de esta resolución.

PRIMERO.- Para la resolución de la presente apelación hemos de partir de los antecedentes que obran en las actuaciones de las que dimana el presente recurso:

En la demanda interpuesta por la representación de D. Francisco se alegaban los siguientes extremos:

a) El demandante, de profesión financiero, ha venido operando en operaciones financieras de alto nivel, utilizando socios y colaboradores, y a través de sociedades como Corporación financiera Abbey, Castellana 82, Vimasa S.A., etc. (documentos 2 a 5).

b) Por diversas vicisitudes que no son objeto del procedimiento, para continuar realizando operaciones financieras, mi representado decide poner como titular del negocio a su hijo D. Segundo, aunque el verdadero titular de hecho, que no de derecho, fuera mi representado. A tal efecto se constituye la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., en la que figura como administrador único el Sr. Segundo, y como domicilio el de su hermano José, abogado, al que se le encargaron los asuntos judiciales de la sociedad con el correspondiente sueldo. De igual modo, y como titular de hecho mi representado, se constituye la sociedad Sofruca S.L (documentos 6 y 7).

c) Al tener el demandado Sr. Segundo estudios a nivel de bachillerato, no tenía los suficientes conocimientos para realizar las operaciones financieras, por lo que sólo figuraba a modo de testaferro o fiduciario de su padre. Como documento 8 se aportan diversas operaciones financieras de elevado coste, dificultad y riesgo.

d) Por circunstancias que no son objeto del procedimiento, se insta la ejecución de la vivienda familiar de mi representado sita en la calle PLAYA000 núm. NUM000 "Urbanización DIRECCION000 " de Boadilla del Monte (Madrid) (en la que figuraba como titular Castellana 82 S.A, de la que era administrador único y titular mi representado), por lo que se perfila la operación de que el Sr. Eladio figure como titular adjudicatario de la misma, a título fiduciario, hasta que se ultimasen todos los procedimientos judiciales en los que mi mandante estaba y está inmerso en la actualidad. Caixa Vigo instó diversos procedimientos contra mi mandante, como avalista de diversas pólizas de Corporación Financiera Abbey (por importe de más de 400 millones de pesetas, documento 12), y al no deber cantidad alguna se inician diversos procedimientos para acreditar la inexistencia de la deuda, y mientras se resolvían (en la actualidad no se han finalizado), mi mandante blindaba su patrimonio a través de su hijo Carlos.

e) El Banco Zaragozano insta ejecución y tras diversos trámites procedimentales se acuerda la celebración de la tercera subasta de la vivienda de mi representado. Sobre la citada vivienda familiar pesaba una carga consistente en cédulas hipotecarias (debidamente inscritas en el Registro) emitidas por mi mandante y garantizadas por Castellana 82, S.A., por un principal de 50 millones de pesetas más los correspondientes intereses desde su emisión en 1987, por lo que se consumía el valor de inmueble. Es decir, la vivienda se adjudicaba blindada a actuaciones de terceros, y a la vez, se ahuyentaba a eventuales postores.

f) Mi mandante, tras una costosa y difícil contienda judicial, obtuvo las siguientes resoluciones judiciales:

- SAP Madrid Sección 19ª por la que se estima el recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid por el que se acordaba seguir adelante la ejecución contra mi mandante y otros, por la cantidad de 247 millones de pesetas. La Sala apreció temeridad y mala fe de CAIXA VIGO (documento 9).

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 40, autos 877/1999, por la que se estima la demanda interpuesta por Corporación Financiera Abbey, declarando pagadas todas las cantidades que reclamaba Caixa Vigo (documento 10), confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9 ter), notificada el 14 de junio 2004, imponiendo las costas a Caixa Vigo, con expresa obligación de la entidad bancaria de indemnizar los daños y perjuicios (documento 11). Esta sentencia no es firme.

- Sentencia absolutoria del Juzgado de lo penal núm. 11 de Madrid, con relación a la querrela por insolvencia punible interpuesta por Caixa Vigo (documento 12). Esta sentencia no es firme.

g) En la ejecución de la vivienda familiar mi representado llegó a un acuerdo con el Banco Zaragozano, aunque figuraría el Sr. Segundo como beneficiario del mismo, y conforme al acuerdo el Banco pujaría en la subasta hasta el importe de 9.500.000 pesetas, cediendo el remate al Sr. Segundo (tal y como consta en los documentos que se aportan como núm. 13). La condición de fiduciario y testaferro se deriva de que se facilitasen los fondos a través de operaciones garantizadas por sociedades de mi mandante. Se aporta documento 14 fotocopia del cheque entregado por el Sr. Segundo al Banco Zaragozano. Tan obvio resultaba que el adjudicatario va a resultar el Banco, como consecuencia de la existencia de cargas anteriores, que cede el remate al Sr. Segundo por 100.000 ptas. (documento 15). Las calidades y valor de la vivienda harían impensable la adjudicación por un importe tan nimio en tercera subasta de no encontrarse perfectamente blindada a la actuación de terceros y que estuviera controlada toda la operación por mi representado. Se aporta reportaje fotográfico como documento núm. 16. Respecto de la cualidad de ser la vivienda habitual y propiedad de mi mandante a través de su hijo, se aporta profusa documentación (documentos 17 a 59).

h) En definitiva, el Sr. Segundo figuraba como titular tanto de la vivienda como de las participaciones de las sociedades, como administrador, en su condición de fiduciario y testaferro actuando bajo las instrucciones de mi mandante. Lo que, a su vez se acredita por el reconocimiento del otro hijo D. Eladio, en la contestación a la demanda interpuesta por Príncipe de Vergara 217, S.L. (documento 8).

i) La presente demanda se interpone para que se declare que mi mandante es el titular y propietario real de la vivienda y de las acciones y participaciones de Príncipe de Vergara, 82 y Sambusara, lo que viene dado por la repentina actuación del demandado que pretende enajenar los bienes cuyo propietario real es su padre, así como por las interposición de diversas denuncias.

j) Existencia de fiducia. Como consecuencia de diversas deudas reclamadas en distintos procedimientos entre D. Francisco y D. Leovigildo, en los que se condena a mi mandante a abonar importantísimas cantidades al Sr. Leovigildo, se procede a instrumentar la

satisfacción de las responsabilidades civiles de mi representado a través de una compra y un pago por parte de Príncipe de Vergara 82, S.L., a tal efecto se otorga la escritura que se aporta como documento 62, por la que se saldan las reclamaciones en la cantidad de 80 millones de pesetas, que se consiguen con un préstamo de la mujer de mi representado a favor de la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., que no ha sido devuelto, y por el cual se compraron las cédulas hipotecarias, mediante el pago de la citada cantidad por la indicada sociedad. Lo que acredita que la sociedad es una sociedad instrumental de mi mandante, lo que, a su vez, se corrobora por el procedimiento entablado por la indicada sociedad a D. Eladio, y la contestación de éste. Otro documento acreditativo de tales extremos es el recibo de D. José Enrique, por el que cobra, en concepto de provisión de fondos, la cantidad de dos millones de pesetas, por un procedimiento de mayor cuantía, instado por Abbey contra Caixa Vigo (documento 63), en el que consta cheque contra la cuenta personal de D. Segundo por el citado importe, lo que acredita la condición de fiduciario de su padre y ejecuta las actuaciones que éste le indica. El documento 64 también es acreditativo de tal fiducia, consistente en denuncia del Sr. Eladio diciendo actuar en nombre de Tothmes cuando esta sociedad no aparece por ningún sitio. En el procedimiento 253/2000 (documento 65) entre Corporación Financiera Abbey y D. Leovigildo se prestó un aval por importe de 30 millones de pesetas por la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L (documento 66), y por indicación de mi representado. En el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Madrid, Corporación Financiera Abbey nombra depositario a D. Segundo, lo que fue autorizado por el Juez. Las reclamaciones del Sr. Leovigildo contra mi representado y otros, se finiquitan con la escritura del documento 62 ya referido. El 26 de octubre de 2001 se solucionan las diferencias entre el Sr. Leovigildo y mi representado, suscribiéndose diferentes escrituras en las que figuraba como titular fiduciario D. Segundo, indemnizando al Sr. Leovigildo, a través de la compra de diversas cédulas hipotecarias, ya referidas; a su vez, se deriva de otras cinco escrituras, documentos 67 a 70, y el documento 62. De igual modo, la tercería de dominio interpuesta por el Sr. Segundo contra el Sr. Leovigildo por el embargo trabado sobre los muebles de la finca en calle PLAYA000 núm. NUM000, " DIRECCION000 ", de Boadilla del Monte (documento 71, sentencia recaída en el citado procedimiento), en la que se reconoce la propiedad de los muebles y enseres a favor de mi representado y la condición de vivienda familiar del referido inmueble. Procedimiento Ordinario 265/2001 ante el Juzgado núm. 51 de Madrid, de la entidad Príncipe de Vergara 217 S.L, contra D. Eladio y esposa, en reclamación de préstamo, en el que se reconoce que la citada entidad era la empresa familiar, y la condición de fiduciario de D. Segundo . Existen diversas minutas de provisión de fondos emitidas a nombre de mi representado, pero verificadas en procedimientos en interés de mi representado (documentos 105 a 105 ter). Procedimiento verbal de desahucio 134/2003, en el que D. Segundo intentó desahuciar al Sr. Jesús Luis y Sra. Rosaura (Cuesblan), respecto de la vivienda que era titularidad de Príncipe de Vergara 217, S.L; el asesor fiscal de las entidades de mi representado (RC Gestión S.L) también lo es de Príncipe de Vergara 217, S.L (documento 79); D. Eladio, fue administrador de Easy Going S.L, que llevaba la contabilidad de Príncipe de Vergara 217, S.L., el documento 72 acredita la fiducia; se aporta copia de la providencia del procedimiento 265/2001 remitida por el letrado a mi representado; en las sentencias dictadas en procedimientos penales se declara probado que mi representado es el titular real de las entidades Corporación Financiera Abbey y Castellana 82, Vimasa, etc. La titularidad anterior a la de D. Segundo de la vivienda en calle PLAYA000 núm. NUM000 .

k) Casa familiar. Mi mandante es el titular de todas las propiedades a las que hemos hecho mención, así en cuanto a la adjudicación de la vivienda, vía cesión de remate a favor de D. Segundo, mi representado (al ser fiduciario su hijo) no vacía de muebles de importante valor existentes en la vivienda familiar, de ahí que el Sr. Leovigildo solicitara el embargo de los bienes muebles y enseres (documento 82), y en la sentencia de tercería de dominio se declara que los muebles son de mi representado, que no fue recurrida. En la vivienda, en el año 1988 mi representado realizó una importante obra, y tras estas obras no se puede entender que se ceda el remate a favor del hijo por la cantidad de 100.000 pesetas. La fiducia cum amico se deriva del documento núm. 74, referido al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por la adjudicación del inmueble en la calle PLAYA000 núm. NUM000, suscrito del puño y letra D. Jesús Luis, a indicaciones de mi representado.

I) Príncipe de Vergara 217 S.L. Documento 75, copia de recibos del BBVA Financia Auto Renting, remitidos a la citada sociedad, al domicilio de mi representado en el que aparece D. Segundo como mero fiduciario. Documento 76 referido al vehículo marca Audi, modelo A-4, que es un regalo de mi representado a su mujer, Da. Rebeca, el día de su cumpleaños, a través de la citada entidad. La adjudicación del local sito en la calle Delicias núm. 31, en la cantidad de 100.000 ptas. a favor de D. Florian, que acredita el pleno conocimiento de la fiducia por D. Segundo (documento 77, 78, 79 y 80). Se aporta como documento 3 copia de la escritura de elevación a público de Acuerdos Sociales y nombramiento de la entidad Thotmes que recae en el Sr. Teodosio, sociedad perteneciente a la órbita de mi representado, y en cuyo activo figuran 31 cédulas hipotecarias adquiridas al precio de 10 millones de pesetas a Príncipe de Vergara 217 S.L La fiducia, a su vez, se acredita con base a los documentos 81 a 131 que se aportan con la presente demanda.

II) Aprovechando las tensiones como consecuencia de la separación de mi representado con su esposa, el demandado pretende hacerse con todas las cantidades, sociedades, operaciones y títulos de mi representado, presentando procedimientos al efecto de dejarle fuera de su vivienda, con multitud de denuncias que han sido archivadas, se aporta como documento 132 Sentencia juicio de faltas 448/03 Juzgado de Instrucción núm. 3 de Móstoles, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles ha dictado auto de alejamiento contra D. Segundo

Con base a los indicados hechos, y los fundamentos de derecho que entiende aplicables, en el suplico de de la demanda se solicita:

Se declare que D. Segundo es FIDUCIARIO de su padre, D. Francisco en la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L.

Se declare igualmente la condición de FIDUCIARIO de D. Francisco a D. Segundo en cuanto a la titularidad del chalet sito en C/ PLAYA000 núm. NUM000 DIRECCION000 de Madrid.

Se condene al demandado a estar y pasar por tal declaración condenándole a otorgar escritura pública de transmisión de la totalidad de las participaciones de Príncipe de Vergara 217, S.L., siendo por cuenta de mi representado los gastos, costos e impuestos que se deriven de tal transmisión.

Se condene igualmente al demandado a otorgar escritura pública del inmueble sito en C/ PLAYA000, NUM000 DIRECCION000 de Boadilla del Monte de Madrid. Finca Registral: NUM001 del Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, siendo por cuenta de mi representado los gastos, costos e impuestos que se deriven de tal transmisión.

Se condene al demandado a restituir a Príncipe de Vergara 217, S.L., las cantidades extraídas de la misma que no hayan sido objeto de pago de necesidades de la sociedad o del desarrollo de la actividad.

Se condene al demandado a la indemnización de daños y perjuicios producidos (venta abajo costo del inmueble de La Moraleja...), cuya valoración se difiere a pleito posterior.

Se condene en costas a los demandados.

SEGUNDO.- En la contestación de la demanda, de ambos codemandados, se alegan los siguientes hechos:

a) La mayor parte de los documentos aportados con la demanda no guardan relación con la misma, y los que sí tienen relación han sido obtenidos ilícitamente, queriendo inducir una falsa propiedad de una posesión indebida, se ha de tener en cuenta la relación padre-hijo del actor y del codemandado, los antecedentes penales del actor, los diversos procedimientos habidos entre las partes, al respecto documentos 2 a 5 de la presente contestación.

b) No es cierto lo reseñado en el hecho primero de la demanda. El actor administró diversas sociedades de las que era socio minoritario, unas veces como administrador mancomunado y otras solidario (así documento 109 de la demanda). Se aportan como documentos 7 a 9 copias simples de las sociedades Vimasa, Corporación Financiera Abbey y Castellana 82, de las que se deriva que el actor era un socio más entre los fundadores, y no llevaba en exclusiva su administración, es más, el documento 3 de la demanda evidencia que la administración de la sociedad Thotmes S.A no era del actor, todas las sociedades dejaron de funcionar, y en las mismas D. Segundo no era socio. D. Segundo inicia su andadura profesional en la sociedad Sofruca S.L, se trata de una sociedad inmobiliaria que pertenece por mitades a D. Segundo y a su hermano D. Eladio (abogado), y la administran solidariamente (documento 10), por lo tanto, en la misma el actor no tiene participación alguna. Y fueron sus administradores quienes debieron hacer frente al procedimiento penal de alzamiento de bienes ante el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Madrid, juicio oral 424/02 con sentencia absolutoria (como documentos 11 y 12 se aporta sentencia y auto aclaratorio), sin que el actor, en el citado procedimiento, dijese que era él quien asumía las decisiones de la empresa, y el presente procedimiento se inicia inmediatamente después de la sentencia absolutoria. Después de Sofruca S.L, D. Segundo constituye como socio único la mercantil Príncipe de Vergara 217, S.L, con objeto de carácter inmobiliario, con un capital social de 500.000 pesetas (documento 13), aportadas por D. Segundo. Para la adquisición de Sofruca mi cliente obtuvo un préstamo de su madre, para la constitución de Príncipe de Vergara 217 utilizó su propio peculio, al llevar varios años trabajando en Sofruca. Por lo tanto, no existe actuación fiduciaria en la constitución de las indicadas sociedades.

c) Mi representado, al igual que su padre, sólo tiene estudios a nivel de bachillerato, pero a diferencia del actor, mi representado cursó varios años de la carrera de empresariales, por lo que su preparación es mayor. En cuanto a la reclamación de Príncipe de Vergara 217 a D. Eladio, el documento 8 de la demanda no acredita lo que se alega en la demanda, y no se trata de ninguna resolución judicial. La contabilidad fue confeccionada por profesionales ajenos a la empresa.

d) No es cierto el hecho tercero de la demanda, pues los hechos son los siguientes: El titular de la finca de la calle PLAYA000 núm. NUM000 en el momento de la ejecución instada por el Banco Zaragozano era la entidad Cuesblan y no Castellana 82 (documento 122 de la demanda). El ejecutante es Banco Zaragozano, titular de un crédito ejecutivo que da lugar a un embargo posterior a hipoteca cuya responsabilidad hipotecaria ascendía a 70 millones de pesetas. Al no existir postores, por la garantía hipotecaria de 70 millones de pesetas, que subsiste, el Banco a quien no interesaba la finca, convino con D. Segundo el pago de la deuda, que ascendía a 9.500.000 Ptas. y la adquisición de la finca mediante cesión de remate por 100.000 pesetas, para evitar que la vivienda pasara a manos de terceros. Para el pago D. Segundo solicita un crédito personal de 10 millones de pesetas a la Caja Laboral Popular, que le abona mediante talón bancario nominativo a mi cliente por importe de 9.500.000 pesetas, que hace metálico, para a continuación firmar el contrato de cesión de remate, como lo acreditan los documentos 13,14,15 y 110 de la demanda, crédito garantizado con la pignoración de una cuenta de ahorro a plazo de la que era titular único mi representado (documento 110 de la demanda), y los pagos se efectúan por mi mandante, como se deriva de los documentos 14 a 16.

e) No es cierto el hecho cuarto de la demanda. Como se ha señalado la propiedad de la finca de la calle PLAYA000 núm. NUM000, en el momento de la ejecución, era Cuesblan, lo que es importante reseñar pues en la demanda parece presentar que no hay interrupción entre Castellana 82, la emisión de las cédulas hipotecarias y la ejecución de Banco Zaragozano. La emisión de cédulas hipotecarias por el demandante, a través de una sociedad de la que era socio minoritario, se trata de un negocio jurídico típico (no anómalo) por el que el emisor (hoy demandante) consigue un capital de 50 millones de pesetas, que debe devolver en las condiciones que se pactan en la escritura de emisión de cédulas hipotecarias (documento 122) y como garantía la finca soporta un límite hipotecario hasta la totalidad del capital, los intereses de un año y 15 millones de costas y gastos. Si se tratara de un mero blindaje el actor debería tener los títulos al portador garantizados por la hipoteca, sin embargo, tenemos la certeza de que no los tiene, porque transmitió matrices del libro talonario y no los títulos verdaderos a su abogado en pago de honorarios (que dio lugar a la ejecución hipotecaria 830/03 del Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Móstoles). Nadie quiere la finca porque su valor, descontando la responsabilidad hipotecaria, excedía por muy poco la citada responsabilidad, el crédito ejecutado y otros gastos, como son los gastos de comunidad (documento 17), de ahí la dejación de la propiedad (Cuesblan) en el mantenimiento de la finca; la finca sólo garantizaba los intereses de un año y no los devengados desde 1987; el riesgo de mi mandante se compensó por la paulatina revalorización de los inmuebles en aquella época, y en la actualidad ha sido tasada en un millón de euros (documento 18), sin perjuicio de la responsabilidad hipotecaria a la que está sujeta la finca. En la ejecución hipotecaria 830/03 del Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Móstoles (documento 6) inicialmente admitido, se acordó la nulidad de actuaciones, a instancia de mi mandante, entre otras, por la falta de cotejo de los supuestos títulos con los libros talonarios (artículo

517.2.6º LEC EDL 2000/77463), puesto que de haberse producido se habría puesto de manifiesto que sólo se presentaron unas matrices, y al no apelarse el auto, no se procedió al cotejo solicitado, por lo que en este procedimiento se deberá de comprobar si el demandante tiene en su poder los títulos al portador (que acreditarían el blindaje) o sólo las matrices. Los procedimientos de Caixa Vigo no tienen trascendencia alguna para acreditar la fiducia, siempre y cuando tanto la constitución de Príncipe de Vergara 217, como el pago de la cesión y el crédito de Banco Zaragozano surgen del patrimonio de D. Segundo . En todo caso, respecto del documento 9 de la demanda, en el procedimiento al que se refiere no es parte D. Francisco, y de igual modo, en los documentos 10 y 11. Sólo es parte en la querrela interpuesta por Caixa Vigo, en la que fue absuelto, y que no es firme.

f) Disconformes con el hecho quinto de la demanda. No existe fiducia en cuanto a la adquisición de la finca de Boadilla del Monte, pues el crédito fue solicitado y pagado a Caja Laboral Popular por D. Carlos, sin que estuviese garantizado por su padre, directa o indirectamente. Lo que corrobora el documento 13 de la demanda suscrito entre D. Carlos y Banco Zaragozano, que es un documento personal de mi representado y que es utilizado indebidamente por el actor. El documento 14 de la demanda es un cheque nominativo a favor de D. Segundo, extendido por Caja Laboral Popular por 9.500.000 pesetas, cobrado por D. Segundo para pagar dicha cantidad al Banco Zaragozano (documento 13). La aportación del documento 14 evidencia que el actor se ha apoderado indebidamente del documento para aportarlo en perjuicio de D. Segundo . De igual modo, en cuanto al documento 15 de la demanda. El documento 16 de la demanda contiene un inventario y valoración de la finca de Boadilla del Monte que no guarda relación con el presente procedimiento, que sólo pretende la recuperación de la finca, no de los muebles que contiene, ni con la ejecución del Banco Zaragozano. En todo caso se impugna el documento.

g) Disconforme con el hecho sexto de la demanda. El documento 17 es una copia de la resolución administrativa que concede licencia de obra, y quien inicia la declaración de obra nueva es mi mandante, como se deriva de uno de los folios del indicado documento, lo que confirma el derecho de mi mandante y no del actor, que se ha apoderado indebidamente del mismo en perjuicio de D. Segundo, lo que se corrobora con la escritura de declaración de obra nueva de 16 de marzo 2004 (documento 19). En todo caso, el documento 17 nada acredita, por cuanto es una licencia de 1985, muy anterior a la adquisición por D. Segundo; el documento 18 es un proyecto de calefacción del año 1986, los documentos 19, 21 a 27, 29, 32 a 44, 46 a 50, no ponen de relieve actos de propiedad, como pudieran ser el pago de comunidad de vecinos o el IBI, y son anteriores a la adjudicación a mi mandante en el año 1999, los documentos 32 a 36 no acreditan el destinatario, y el 48 se refiere a persona desconocida. Por el contrario, sí acreditan la propiedad del inmueble por mi mandante desde su adquisición, los documentos 17, referidos a pagos de comunidad, el 20 referido a la notificación del Ministerio de Hacienda a mi representado referido al IBI, el 21 referido a pago por consumo de agua posterior a la adjudicación. El documento 28 no acredita que el pedido fuera solicitado por el actor, sino por el Sr. Eladio, el 30 no supone acto de dominio, el 31 sólo pone de relieve un encargo a Rebeca y no supone propiedad, el documento 45 se refiere a albaranes y facturas de mantenimiento de caldera, algunos anteriores y otros posteriores a la adjudicación, el 51 no acredita que la Comunidad de Propietarios reconozca como propietario al actor, al contrario, se trata de un documento personal de mi mandante, y junto con el documento 17 acredita quién es el verdadero propietario, los documentos 52 y 53 no acreditan la pretensión del actor; los documentos 54 a 56 son documentos personales de mi mandante, y acreditan que el pago de electricidad se ha realizado por mi mandante con posterioridad a la adjudicación, el 57 contiene documentos de Príncipe de Vergara núm. 217, el 58 se trata de un documento de mantenimiento firmado por mi mandante; el documento 59 sólo pone de relieve que desde fechas muy recientes, en las que mi mandante se ha obligado a salir de su casa, el demandante ha domiciliado ciertos pagos de consumo, como Iberdrola o Telefónica. En los documentos 54 y 129 de la demanda se incluyen facturas a nombre de D. Segundo .

h) Disconformes con el hecho séptimo de la demanda. Lo único acreditado es que D. Segundo es el propietario único y legítimo de las participaciones de Príncipe de Vergara 217, de las que es actualmente titular, de las de Sofruca y de la vivienda en calle PLAYA000 NUM000 de Boadilla del Monte.

i) Disconformes con el hecho octavo. El Sr. Leovigildo interpuso varias querrelas criminales contra D. Francisco, por lo que el hoy actor quiso llegar a un acuerdo con el querellante para que se retirara como acusación particular. A su vez, el hoy actor y su amigo D. Jesús Luis (en su propio nombre y de dos sociedades) interpusieron demandas y querrelas contra el Sr. Leovigildo, y decidieron transigir sin que en ningún caso interviniera D. Segundo . Este es el contenido del documento 69 de la demanda, y a continuación se firma un nuevo documento (documento 68 de la demanda) en el que Príncipe de Vergara 217 (a través de su administrador) adquiere un compromiso de pago bajo condición suspensiva, que nada tiene que ver con el acuerdo transaccional anterior que se celebra entre partes distintas, sino que opera a modo de precio aplazado de la compraventa contenida en el documento siguiente. A continuación de ese reconocimiento se formaliza la escritura de compraventa de cédulas hipotecarias (documento 62 de la demanda) en el que se celebra un contrato oneroso de compraventa, que contiene un derecho de crédito por 80 millones de pesetas de principal, un 10% de interés anual (de 12 años ya transcurridos) y costas. La compraventa no tiene relación con el acuerdo transaccional. Al no ser abonada la deuda, el Sr. Leovigildo planteó la ejecución 783/03 contra Príncipe de Vergara 217, que se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 63 de Madrid (documento 5). El documento 63 se trata de recibos y documentos bancarios de la entidad Sofruca S.L. No es cierto que D. Segundo pagase por cuenta de Corporación Financiera Abbey S.A, en la que el actor sólo tiene el 2,8% del capital social (documento 109 de la demanda). Quien paga es Sofruca para abonar los honorarios precisos para la defensa de D. Segundo en las diligencias previas 3519/99. Respecto del documento 64 de la demanda, D. Segundo, tercero con interés legítimo respecto de la finca a la que se refiere la denuncia, fue a comprobar su estado con permiso del administrador de Thotmes S.L, y visto la pérdida de agua puso una denuncia dado que parecía intencionado. En cuanto a los documentos 65 y 66, en los mismos lo que se dice de manera expresa es que Caja Laboral avala a Corporación Financiera Abbey, no que Príncipe de Vergara 217, S.L le avale. En cuanto al documento 67 es rotundamente falso el contenido que le atribuye el demandante, pues únicamente obedece a la voluntad de Da. Josefina de no continuar en relaciones económicas con el Sr. Leovigildo que se había querellado contra su padre. El documento 70 se trata de un poder

del Sr. Leovigildo a favor de un Procurador para formalizar desistimientos de éste, por lo que nada puede poner de relieve en cuanto a la fiducia. El documento 71 no es una tercería sino una suplica de D. Segundo dirigida al Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, que conocía de una querrela contra el demandante, para que no acuerde el embargo de bienes que son de su propiedad. El embargo no incluía la finca de Boadilla del Monte porque sencillamente era propiedad de mi mandante (así se deriva del último documento de los contenidos en el documento 71 de la demanda). La sentencia dictada en aquel procedimiento (documento 24) distingue entre la propiedad del inmueble, que corresponde a D. Segundo, y la de los muebles, por cuanto al residir varias personas en la vivienda, con anterioridad a la adjudicación, el Juzgado entiende que no se acredita la titularidad exclusiva de D. Segundo, por lo que desestima la tercería. En cuanto a los documentos 105 a 105 ter de la demanda, se mezclan minutas personales del actor con la de terceros, sin que con ellas se acrediten pagos del actor por cuenta de D. Segundo o de Príncipe de Vergara 217. El documento 79 de la demanda hace referencia a una certificación de la finca de Paseo de las Delicias núm. 31 y no guarda relación con la asesoría R.C Gestión S.L. El documento 72 se trata de un supuesto fax que no guarda relación alguna con mis representados; el documento 73 se trata de un fax remitido por el letrado Gil Robles a los hermanos Segundo y Eladio conteniendo una providencia sin relación alguna con la fiducia.

j) Disconformes con el hecho noveno de la demanda. Se vuelve a reiterar el tema de la tercería, ya tratado. El documento 82 se trata de un fax remitido a la atención de Mari Cruz con datos del INE. En cuanto a las obras se realizaron 10 años antes de la cesión de remate. El documento 74 acredita que el sujeto pasivo del impuesto es D. Segundo. Los documentos los tiene el demandante porque se los ha arrebatado a D. Segundo (así documentos 25 a 30 de esta contestación), y además miente, como se deriva del documento 31 de esta contestación.

k) Disconformes con el hecho décimo de la demanda. Se pretende acreditar la propiedad de la sociedad Príncipe de Vergara 217, y respecto de los documentos aportados se ha de destacar que contrastan con la colaboración activa del demandante con el embargo de bienes de esta sociedad por el Sr. Leovigildo, y la dejación respecto de las demandas interpuestas contra ella, recibidas por el demandante en su domicilio, a través de su amigo, Cipriano, pudiendo evitarse los embargos por el aviso de BBVA a mi cliente. El documento 75 se trata de facturas de BBVA Financia dirigidas a Príncipe de Vergara 217 en el domicilio de mi mandante. El documento 76 es una solicitud de servicios dirigida a BBVA Financia para el renting de un vehículo Audi-A4 por D. Francisco, sin que Príncipe de Vergara 217 tenga nada que ver con este contrato. El documento 77 de la demanda recoge una liquidación de impuestos por la adquisición de un inmueble por D. Florian, un amigo del actor, y se afirma que acredita la fiducia porque la letra de la liquidación es de D. Segundo, cuando se le niega en la misma demanda la capacidad para rellenarlos. El documento 78 sólo acredita la adjudicación de un inmueble a favor del Sr. Florian. El documento 79 de la demanda es un certificado del Registro de la Propiedad sobre la finca del Paseo de las Delicias núm. 31 que sólo puede acreditar quién lo solicitó. El documento 80, por no acreditar, no demuestra ni tan siquiera la relación de fiducia entre el Sr. Florian y el actor. El documento 3 de la demanda sólo acredita que un señor fue nombrado administrador de Thotmes S.L. En todo caso señalar que es falso que Príncipe de Vergara 217 vendiera obligaciones hipotecarias a Thotmes, por cuanto sigue siendo titular de las mismas desde que se las comprara al Sr. Leovigildo (documento 62 de la demanda). El documento 81 de la demanda no acredita la fiducia, mientras que el documento 32 de esta parte contiene la demanda de ejecución hipotecaria de D. Segundo contra el Sr. Florian, lo que prueba la diversidad de intereses económicos entre estos últimos. El documento 83 es una solicitud al Registro que no se llegó a presentar, que nada prueba. El documento 84 de la demanda contiene 18 documentos que se refieren a ingresos de renta del local Delicias, con multitud de firmas y letras distintas, que no acredita fiducia alguna. Los documentos 85 y 88 no acreditan ninguna fiducia. El documento 87 de la demanda acredita la adquisición de un crédito por Príncipe de Vergara 217 y que no ha sido fraudulentamente cedido a nadie. El documento 89 de la demanda puede, como los anteriores, acreditar que el Sr. Florian es testaferro del Sr. Francisco. El documento 90 es un encargo de D. Segundo de un estudio jurídico en marzo de 2002. El documento 91 es un fax de solicitud de venia de noviembre de 2002 para proceder al levantamiento de cargas, pero esta vez a favor del Sr. Florian, se aporta como documento 33 resolución del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. El documento 92 no es sino una burda copia alterada del documento presentado por Príncipe de Vergara 217 el 23 de noviembre de 2003 (documento 94 de la demanda). El documento 93 de la demanda se trata de un informe del letrado Sr. Ruiz a su cliente D. Segundo y no al actor. El documento 95 de la demanda no es una providencia sino un escrito de oposición al levantamiento de embargo solicitado por Príncipe de Vergara 217. El documento 98 de la demanda prueba la divergencia de intereses entre el Sr. Florian y D. Segundo al ejecutar éste un procedimiento hipotecario sobre la finca de Delicias cuya propiedad es del Sr. Florian. Se aporta oposición del Sr. Florian al procedimiento hipotecario, documento 34. El documento 96 de la demanda no hace referencia al chalet de Soto de la Moraleja. El documento 97 es un auto de desistimiento en el procedimiento ejecutivo 1511/83 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 y no guarda relación con el burofax al que parece referirse. El documento 99 de la demanda contiene un telegrama del Sr. Florian y esposa en el que hablan de oídas. El documento 100 es un documento verdadero cuyo contenido es luminoso. El documento 101 es una contestación al último y que, a juicio del letrado destinatario, no merecía contestación por la mala fe del requirente. El documento 103 de la demanda acredita la plena autonomía de D. Segundo y Príncipe de Vergara 217 para otorgar poderes a ciertos letrados y contratar a otros nuevos. El documento 104 a) sólo acredita que Príncipe de Vergara 217 está representada por D. Segundo. El documento 104 b) de la demanda acredita el encargo hecho por D. Segundo a una sociedad inmobiliaria para la venta de una finca de Príncipe de Vergara 217. El 104 c) acredita que todos los actos han sido realizados por D. Segundo en nombre propio o de Príncipe de Vergara 217 y no del actor. Se impugna el documento 105 confeccionado por el actor. El documento 86 de la demanda acredita que Príncipe de Vergara 217 obtuvo financiación a través de préstamos con pacto de intereses declarados ante el Banco de España por ser el prestamista un no residente, y que en su mayor parte han sido devueltos, y la existencia de los mismos excluye la fiducia entre el actor y su hijo. Se aporta como documento 35 la declaración de la prestamista Da Rebeca. El documento 106 es otro documento sustraído, y acredita el renting de un vehículo M-1212-UU por D. Segundo. Se impugna el documento 107 porque el recibo no está firmado por el supuesto receptor del pagaré, y no se libra contra una cuenta de D. Segundo sino contra la entidad Sofruca S.L, y respecto del mismo hay un procedimiento penal abierto por alzamiento de bienes. Del documento 108 se deriva que D. Segundo ostenta un derecho de crédito garantizado por hipoteca constituida sobre una finca de Thotmes. El documento 109 acredita que el actor

era un socio minoritario en las sociedades que ahora dice eran suyas. El documento 110 acredita la concesión de un préstamo a favor de D. Segundo por importe de 10 millones de pesetas. El documento 111 acredita la autonomía de Príncipe de Vergara 217 y de su administrador. El documento 112 se refiere a facturas de Cuesblasn y no acreditan absolutamente nada más. Los documentos 113 y 114 sólo acreditan lo que en ellos se publica y no la existencia de fiducia. El documento 117 pretende acreditar la inminente insolvencia de Príncipe de Vergara 217, y sólo acredita que BBVA Financia le reclama cuotas por 2700 euros, los restantes documentos se refieren a otras personas o entidades. El 118 reproduce el 52, y los restantes no suponen factura alguna que acredite fiducia. El 119 sólo acredita que D. Segundo cobraba una nómina de Príncipe de Vergara 217. El 120 se refiere a una carta de Sambusara que no guarda relación con el presente procedimiento. La posesión del documento 121 no acredita la fiducia. El 122 sólo acredita lo que publica. Se reconoce el 123. El 124 sólo incluye recibos de pago de la Comunidad de Propietarios mientras Cuesblan fue propietario de la finca, y tras la cesión fueron abonados por D. Segundo (documento 17). El 126 no se refiere al procedimiento. El 127 pone de relieve el intento de contratación de la persona de servicio de la casa de D. Segundo. Respecto del documento 128 se acreditará que la sociedad Príncipe de Vergara 217 no tiene cerrado el Registro. El documento 129 es una mezcla de facturas, unas del actor y otras de D. Segundo. El 130 acredita la actividad de Príncipe de Vergara 217 administrada por D. Segundo. El 131 es una consignación de D. Segundo a favor de su padre. El documento 116 se trata de manuscritos que revelan escasos conocimientos por su autor, cuya fecha y autoría no consta.

l) Disconformes con el hecho undécimo. El actor nunca tuvo por esposa a Da. Rebeca, sino que ésta fue su novia, nunca residente en España (Se aporta documento 36).

Con base a los hechos y fundamentos, en la contestación se solicita la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.- En la sentencia objeto del presente recurso, de fecha 7 de marzo de 2007 se desestima la demanda, en los términos reflejados en el antecedente segundo de la presente resolución, y la misma se fundamenta en los siguientes argumentos:

1.- Para la resolución del procedimiento se ha de partir del complicado entramado económico que aparece enmarcado en las dificultades que atraviesa la existencia de unas relaciones paterno-filiales, al ser el actor el padre del codemandado, al haber convivido, y surgir entre ambos graves desavenencias que han concluido con varios procedimientos penales, reclamando el actor como de su propiedad el patrimonio que el hijo dice haber adquirido de forma legal, y tras reseñar las pretensiones y alegaciones de la demanda, se señala que no puede apreciarse la existencia de un negocio fiduciario, por cuanto el mismo tendría una finalidad defraudatoria que no puede hallar cobijo en el ordenamiento jurídico (artículo 1306.2º Código Civil EDL 1889/1), pues sólo tendría por objeto la artificiosa introducción de un tercero en la titularidad de los bienes que blindasen las posibles acciones ejecutivas de terceros, por lo que la regla jurídica más apropiada aplicable al caso sería la del apartado primero del artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1, pues si bien la doctrina jurisprudencial afirma la validez y eficacia de los negocios fiduciarios (STS 17-9-03) lo hace siempre partiendo de la base de que el propósito negocial o causa impulsora sea lícito, pues como señala la STS 30-3-04 que recoge la STS 25-5-1944 se reconoce la validez de los negocios fiduciarios que no envuelven fraude de ley, pues aun prescindiendo de las alegaciones del letrado actor al señalar que a través de las pruebas de presunciones e indicios el demandado era conocedor de su condición de testaferro, por ser la vivienda cuya titularidad pretende y la sociedad constituida con dinero proveniente del patrimonio del actor, aunque lo fuera a través de una cuenta en Suiza cuya titularidad era de su anterior compañera sentimental y urdidor de la "maquinación" en que consistió el acta notarial en que por la Sra. Rebeca reconoce la tesis del demandado, es lo cierto que la única explicación dada por el demandante es la ya expuesta, de inequívoca significación defraudatoria. Y mal puede amparar el ordenamiento jurídico un encargo fiduciario que tiene por objeto vulnerar el derecho de crédito de una pluralidad de personas; es claro que la causa del contrato litigioso obedeció a una causa torpe o ilícita, cual es vulnerar la garantía que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 Código Civil EDL 1889/1, por lo que a los efectos del artículo 1306.2º Código Civil EDL 1889/1 el actor carecería de acción para exigir la restitución de los bienes.

2.- Es más, tras analizar la prueba unida y practicada en el acto del juicio las pretensiones del actor deben ser desestimadas por dos razones, la primera ya examinada (causa ilícita o torpe), y la segunda la falta de prueba de este negocio fiduciario, carga de la prueba que correspondía al demandante. De la prueba practicada se deriva que el demandado, instruido en el mundo financiero por la pericia de su padre, optó ante las graves dificultades por las que atravesaba su progenitor y su patrimonio, por adquirir la vivienda que hasta entonces constituía el domicilio familiar, respecto de la cual, según reconoce el actor en su demanda se había instado ejecución por el Banco Zaragozano. A favor de la tesis del demandado obra en las actuaciones el documento 110 de la demanda, en virtud del cual, éste obtiene de Caja Laboral Popular una cuenta de crédito personal de 10 millones de pesetas, que le fue abonado de manera inmediata mediante cheque por importe de 9.500.000 pesetas, y a continuación se firma por el demandado el contrato de cesión de remate, la citada cuenta de crédito estaba garantizada con la pignoración de una cuenta de ahorro a plazo en la que era titular único el demandado. A partir de ahí existen cuatro abonos en efectivo y el resto se paga con cargo a la cuenta corriente del demandado. Es más, la finca salió a pública subasta, por lo que no puede ser de recibo que el negocio fiduciario tuviese como finalidad blindar la finca frente a terceros, por cuanto la misma pudo ser adquirida por cualquier postor, por lo que queda en entredicho la causa y acreditación de la fiducia. Por lo tanto, respecto de la vivienda en Boadilla del Monte por parte del demandado no queda probada fiducia alguna, lo que hace innecesario el examen y valoración sobre la ilicitud de la obtención del documento 13 de la demanda, así como el resto de los documentos que pretende avalar la tesis del actor, al ser desestimadas sus pretensiones.

3.- En cuanto a la entidad Príncipe de Vergara 217 S.L., de la que es administrador único D. Segundo, y respecto de la cual el actor reclama su propiedad; conforme a la prueba practicada y valoración de la misma esta Juzgadora llega a la creencia de que fue el demandado quien obtuvo el capital necesario, por los cauces financieros en los que había sido instruido. Así se deriva de las manifestaciones del demandado en el interrogatorio efectuado en el acto del juicio, del que se deriva que el capital social (500.000 pesetas) era dinero de su propiedad, con base a su actividad inmobiliaria desde 1997, y financiando las operaciones a través de obtención de créditos bancarios, y préstamos sucesivos de Da. Rebeca, novia de su padre, a través de un Banco Suizo, dinero que le está siendo devuelto.

Manifestaciones que aparecen refrendadas por el resto de los testimonios, así el hermano que pone como condición para prestar sus servicios como asesor contable en Príncipe de Vergara 217 S.L. el que su padre no tuviera ninguna intervención. No se ha propuesto la testifical de Da. Rebeca, por lo que hace prueba a favor del demandado el reconocimiento mediante acta notarial aportada con la contestación, que es reprochado por la hija de la prestataria, Nuria, en la testifical practicada, lo que implica que tras las desavenencias surgidas era el demandado quien realizaba todas las gestiones de compra y el que manejaba, en exclusiva, el dinero. El actor no ha probado que el dinero aportado por la Sra. Rebeca hubiera sido ingresado por él, pues no se ha aportado ninguna prueba al respecto, por lo que ha de estarse al documento 35 de la contestación de la demanda, que no ha sido desvirtuado de contrario. La situación de desconfianza entre las partes del procedimiento se ratifica de forma constante y se traduce en que, en la actualidad, la entidad Príncipe de Vergara 217 S.L. no realice operaciones dado el estado judicial del procedimiento, y como manifiesta el demandado la vivienda en la Moraleja, que valora en 80 millones de pesetas, la vende a un precio inferior por numerosos problemas familiares y porque tenía todo su patrimonio embargado, dándose la circunstancia de que su padre recogía las notificaciones judiciales que no le entregaba, aunque estima que no ha sido un mal negocio pues la vende por el 210% de su valor de compra.

4.- Lo anterior no impide para que exista prueba bastante para derivar que durante un periodo de tiempo el hijo siguiese las instrucciones de su padre, actuando en ocasiones como testaferro. Así se deriva de las manifestaciones del testigo D. Leovigildo, que tuvo relaciones con el actor que terminaron en el año 2001, y manifiesta que era el hijo quien daba la cara por el padre, tras proponerle suscribir cédulas hipotecarias que resultaron impagadas; las relaciones terminaron mediante un acuerdo transaccional, en el que aparecía D. Jesús Luis como testaferro, en el que por la entrega de las cédulas hipotecarias le entregaron 80 millones de pesetas. En el mismo sentido las manifestaciones D. Jesús Luis, testaferro del actor, administrador de las sociedades creadas por el actor y hombre de confianza, que reconoce que cuando el hijo D. Segundo comenzó a trabajar, él acompañaba al hijo y le trasladaba las instrucciones del padre; afirma que todo el dinero era del padre, quién daba todas las instrucciones, e incluso con relación a una sociedad que formó la compañera sentimental, concluyendo que no ha conocido persona distinta que dirigiera las empresas que D. Francisco, si bien reconoce la enemistad con el demandado pues tras consignar D. Francisco el importe para que la vivienda del testigo no fuera embargada, teniendo confianza en el documento en el que el demandado reconocía era fiduciario, con posterioridad, se ejecutó la vivienda a instancia del hijo, perdiendo la vivienda. En el mismo sentido el asesor fiscal afirma que desde el punto de vista económico las decisiones las tomaba el padre, y de operación con el hijo, y era el padre quien tomaba las decisiones finales; si bien una vez que el hijo asumió el cargo de administrador único le pidió la entrega de las cédulas hipotecarias, y le fueron entregadas a presencia notarial. Las declaraciones del hijo y hermano D. Pedro Antonio y de la ex esposa del actor, se han de valorar teniendo en cuenta el daño moral que sienten que el actor les ha infringido, si bien Pedro Antonio manifiesta que tuvo que pedir permiso a su hermano Segundo para residir en el domicilio familiar, al manifestarle el padre que había pasado a ser propiedad del demandado, añadiendo que el padre estaba arruinado y el hermano se quedó con la casa y asumió las obligaciones del pago de la vivienda; y en cuanto a la compra de la empresa Príncipe de Vergara 217 S.L. lo fue con dinero de la compañera sentimental de su padre, que siempre decía que el dinero lo tenía "la inglesa", lo que se corrobora con el testimonio de la madre del demandado al referirse a Rebeca y su poder patrimonial. El otro hermano D. Francisco declara que todos los pagos a Rebeca están documentados tras el préstamo para la constitución de la sociedad Príncipe de Vergara 217 S.L. Segundo tenía la documentación y su padre no ha intervenido en la sociedad, pues esa fue la condición que puso el testigo, y en su calidad de administrador de la sociedad nunca ha rendido cuentas a su padre, y añade le consta que su hermano Segundo compró la vivienda por la grave situación financiera por la que atravesaba su padre. De la valoración conjunta de toda la prueba se llega a la conclusión que tras perjudicarse la relación de confianza, que parece tener su origen en la creencia del demandado de que su padre se había apoderado indebidamente de títulos al portador con garantía hipotecaria por importe de 100 millones de pesetas, inicia, tras recuperar los documentos, una andadura profesional por separado con la creación de la sociedad Sofruca S.A., con su hermano Eladio, y con posterioridad la sociedad ahora demandada de la que es administrador único, y sin que se haya acreditado la actuación fiduciaria pretendida por el actor.

5.- En consecuencia, procede desestimar en su integridad la demanda, tanto por la carencia de validez y eficacia del negocio fiduciario, por concurrir causa ilícita o torpe, y no acreditarse por el actor que exista en la demandada una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, no constando de forma bastante que el actor sea titular de derechos sobre los inmuebles y participaciones concretas cuya restitución pretende en los presentes autos, en su calidad de titular real.

CUARTO.- Por la parte actora se formula recurso de apelación, el que se fundamenta, en síntesis, en cuanto a la causa torpe a los efectos del artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 y error en la valoración de la prueba, y en los siguientes motivos:

1.- Inexistencia de Finalidad defraudatoria y, por lo tanto, inaplicabilidad del artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 . La sentencia parte de la existencia de una causa torpe o fraudulenta, incurriendo en dos graves errores, que se ponen de manifiesto con la documental aportada. La finalidad defraudatoria no se ha producido, y mucho menos frente a una pluralidad de personas como se afirma en la sentencia. En la demanda se puso de manifiesto la existencia de varios procedimientos instados por Caixa Vigo (y no por otras entidades), y los mismos, a la postre, han resultado favorables para mi representado, así: 1) el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 11 de Madrid contra mi representado y otros, por insolvencia punible, en el que se embargaron todos los bienes de mi mandante, y se remonta al año 1996. Todos los negocios fiduciarios que se relatan en la demanda suceden interín se está tramitando el referido procedimiento. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia absolutoria, confirmada por la Audiencia Provincial, que es firme. La sentencia apelada al establecer que existió una finalidad defraudatoria por mi representado, obvia que la irregularidad parte de la entidad bancaria, y mal puede atribuirse finalidad torpe o defraudatoria a quien defiende sus intereses y su patrimonio de las agresiones ilícitas de Caixa Vigo. 2) Procedimiento ejecutivo instado por Caixa Vigo contra mi representado y otros ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 41, pues si bien se estimó en primera instancia, la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia estimando el recurso de apelación, declarando nula y sin efecto la ejecución despachada, imponiendo las costas a la entidad bancaria por su temeridad y mala fe; por lo que nos encontramos ante una nueva actuación irregular e ilícita por parte de la entidad bancaria, y no de mi poderdante.

3) Además de estas actuaciones y sentencias, se instó demanda de juicio declarativo de Mayor Cuantía contra la entidad Caixa Vigo en el que se solicitaba se dictase sentencia que declarara que mi representado y otros nada adeudaban a la citada entidad, interesando, además, la condena de daños y perjuicios derivados del irregular actuar. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 40, autos 877/1998 se dictó sentencia estimando las pretensiones deducidas, sentencia que fue confirmada por la AP Madrid, Sección 9ª ter. En definitiva, nos encontramos con que no existió causa torpe ni fraudulenta, ni que se haya eludido el derecho de terceros, ni que exista una pluralidad de afectados como se indica en la sentencia apelada, con la cual sí que se sustrae el patrimonio de mi representado frente a cualquier tercero al convertir la fiducia en titularidad plena, a favor del hijo. Se ha acreditado la procedencia de la actuación de mi representado desde el momento en que todas las Sentencias dictadas por diferentes órganos jurisdiccionales acogen las legítimas pretensiones de mi representado y amparan sus decisiones, y mucho más la coherencia y congruencia de la constitución de la fiducia, pues en otro caso se hubiera malbaratado el patrimonio de mi representado ante la agresión absolutamente indiscriminada de la entidad bancaria. En consecuencia, no es de aplicación el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 .

2.- Error en la valoración de la prueba. Consta acreditada la existencia de fiducia. Infracción de las normas esenciales que rigen el procedimiento causante de indefensión. Infracción del artículo 24 CE EDL 1978/3879 . No se ha tenido en cuenta la prueba de sustancial en el presente proceso: a) No se examina en la sentencia la prueba principal, lo que se puso de manifiesto en providencia de 24 de marzo de 2006 al admitir la prueba pericial grafológica emitida por la Policía científica con relación al documento de 26 de octubre de 2001, aportado por esta parte en pieza de medidas cautelares, cuyo texto se transcribe. El escrito confeccionado de puño y letra del demandado pone de manifiesto sin ningún género de dudas la existencia de la fiducia, al reconocerse, de manera expresa, la titularidad de los inmuebles, del crédito, participaciones sociales, en definitiva, la condición de testafiero-fiduciario de D. Segundo . Por el demandado se negó la autoría de la firma estampada, en causa criminal núm. 2655/05, ante el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, se adjuntó la declaración del Sr. Segundo mediante escrito de 6 de marzo de 2006, en la prueba pericial de la Policía Científica se pone de manifiesto que Segundo había suscrito de su puño y letra el documento de referencia. A su vez, se han practicado dos pruebas periciales, la emitida por D. Luis Manuel, que ratifica la autoría del demandado en cuanto a las firmas, y el perito judicial D. Arsenio, que reitera contundentemente la autoría de la firma. Estas pruebas han sido obviadas en la sentencia apelada, y la alegación del demandado de que se dejaban papeles firmados en blanco, se desvirtúa por la pericial de D. Arsenio, al afirmar contundentemente que el texto no fue insertado con posterioridad a la firma del mismo, o lo que es igual, fue redactado y firmado en un mismo acto, tal y como indubitadamente afirma en las conclusiones de su dictamen, debidamente ratificado en el acto del juicio. Si en la mayoría de los procesos la fiducia se ha de probar mediante pruebas indirectas, en el presente supuesto, existe una contundente afirmación y reconocimiento por parte del demandado, que ha de conllevar la estimación de las pretensiones de esta parte, máxime cuando el conjunto de las pruebas acredita la fiducia, y resulta suficiente la suscripción del citado documento, y se ha de tener en cuenta que el documento se firma el día en que se suscriben otros cuatro protocolos, acuerdos con D. Leovigildo en la Notaría del Sr. Vallejo Zapatero, en la que intervienen todas las sociedades fiduciarias de mi representado y el propio testafiero Sr. Segundo .

3.- Error en la valoración de la prueba. Existencia de la fiducia. Acreditada la existencia de fiducia a través de la profusa prueba practicada en el proceso. Además del documento antes analizado, la fiducia se acredita a través de las pruebas directas e indirectas practicadas en el proceso. Así la documental aportada en el transcurso de las actuaciones, pieza de medidas cautelares y periodo de prueba, acreditan la fiducia, aunque fuera vía presunciones. Las pruebas de esta parte no se han desvirtuado de contrario, que sólo acude a la testifical de varios hermanos del demandado y la ex esposa de mi representado, separada hace más de 30 años, y todos ellos con evidente rechazo hacia mi mandante. El interrogatorio del demandado incurre en múltiples contradicciones y no viene sino a confirmar la existencia de la fiducia, e incurre en múltiples sinsentidos, así respecto al conocimiento D. Jesús Luis, sobre la absoluta falta de dominio sobre los negocios de Príncipe de Vergara 217 S.L., manifiesta no saber a qué se dedicaba su padre y no recordar si las tarjetas de crédito que utilizaba eran de la sociedad Cuesblan. Otro elemento de la existencia de fiducia es la venta a bajísimo precio de los inmuebles objeto d la misma (Bonanza y Moraleja), hecho reconocido por el demandado en el interrogatorio, con argumentos sin consistencia. De la testifical de Da Nuria se deriva que los gastos de la vivienda familiar los pagaba mi representado, los hermanos trabajaban en empresas de su padre, D. Segundo iba todos los días con su padre, le llevaba la cartera y conducía el coche, D. Segundo era el hombre de confianza del padre, reconoce el documento suscrito por D. Segundo el 2 de octubre de 2001, y es incierto lo que se afirma por Da. Rebeca en el acta de manifestaciones ante Notario, pues todo el dinero era de su padre. Testifical de D. Leovigildo, que estuvo presente y fue protagonista de los negocios con mi mandante, en los que aparece como testafiero o fiduciario el demandado. Testifical de D. Juan María de la que se deriva que tanto la vivienda como Príncipe de Vergara 217 S.L. eran de D. Francisco, que D. Segundo no tomaba decisiones, que estuvo con D. Francisco y D. Segundo hasta 2003, D. Segundo acompañaba todos los días a su padre y le hacía de chofer, D. Francisco dirigía todas las empresas. Testifical de D. Mateo, asesor fiscal de Príncipe de Vergara 217 S.L. y de todas las empresas de mi representado, que corrobora que las directrices económicas y decisiones finales las tomaba D. Francisco, que era quien le facilitaba los documentos, los préstamos para la financiación de Príncipe de Vergara 217 S.L. no han sido devueltos. La prueba de contrario no desvirtúa estos hechos, es más, se han de tener en cuenta las contradicciones del testigo D. Pedro Antonio . El resto de las testificales son absolutamente inconsistentes e incurren en multitud de contradicciones, con animadversión hacia mi mandante. En cuanto a las periciales corroboran la autenticidad del documento de 21 de octubre de 2001. En consecuencia, no es aplicable el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 , y se ha de apreciar la fiducia conforme a lo interesado en el escrito de demanda. En cuanto a la adquisición de la vivienda en PLAYA000 NUM000, en la sentencia se hace hincapié en el hecho de que salió a pública subasta, pero no se puede obviar que el inmueble estaba gravado con hipoteca en garantía de la devolución de obligaciones hipotecarias con un alto tipo de interés, con una responsabilidad hipotecaria que consumía prácticamente el valor del inmueble, lo que justifica que no compareciera ningún postor, se adquiriera el crédito de Banco Zaragozano por el fiduciario de mi mandante, lo que se ha reconocido por el demandado. En la contestación se dice que Príncipe de Vergara 217 S.L. no prestó aval a Corporación Financiera Abbey, y en periodo de prueba se ha acreditado que se prestó dicho contra aval por Príncipe de Vergara 217 S.L., sin que sean convincentes las alegaciones de contrario.

La demandada renunció al interrogatorio de mi representado. El demandado agredió a mi representado, por lo que ha sido condenado en procedimiento penal núm. 135/06 Diligencias Previas 89/05 Juzgado de Móstoles núm. 2 con sentencia de fecha 21 de septiembre 2006, confirmada por la AP Madrid, Sección 17ª sentencia de 22 de febrero de 2007 . Se ha vendido el inmueble de la DIRECCION000 con un valor de un millón de euros, por la cantidad de 189.000 euros con un precio diferido hasta 2009 sin intereses. Cabe destacar la sentencia del documento 61 de la demanda que estima las pretensiones de Príncipe de Vergara 217 S.L. frente a D. Eladio . El chalet de la MORALEJA cuyo valor es de más de 800.000 euros se ha vendido por 300.000 euros, y no pueden tenerse en cuenta lo reseñado en la sentencia, referido a que en todo caso se ha ganado dinero con las operaciones. Malbaratar los bienes interín el procedimiento, pone de manifiesto otra prueba (aunque sea indiciaria) de la existencia de la fiducia.

En consecuencia, procede estimar el recurso, revocar la sentencia, y dictar otra por la que se estimen en su integridad los pedimentos contenidos en la demanda y con expresa condena en costas a la contraparte.

QUINTO.- Por la parte apelada solicita la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia, y con base, en síntesis, a los siguientes argumentos:

1.- Prueba Ilícita, de conformidad a lo solicitado en el otrosí digo segundo de la contestación, que no se ha resuelto en primera instancia.

2.- Se acredita la causa torpe y es de aplicación el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 .

3.- No existe ninguna prueba que rebata que el origen del dinero aplicado en la adquisición de la vivienda de la calle PLAYA000 NUM000 de Boadilla del Monte y en la constitución de Príncipe de Vergara 217 S.L. fuese de persona distinta de D. Segundo .

4.- De la prueba documental, tanto la aportada con la demanda (haya sido o no obtenida ilícitamente) como con la contestación a la demanda (como el acta notarial que recoge las manifestaciones de Rebeca) acreditan que el origen del dinero para la adquisición de la vivienda y la constitución de Príncipe de Vergara 217 S.L., así como los préstamos que financiaron las operaciones inmobiliarias de mis representados, en ninguno de ellos aparece el nombre del actor.

5. Conclusión. Una cuestión es la prueba indirecta y otra la ausencia de prueba. La demanda no se interpone sobre un conjunto de hechos familiares y profesionales, sino sobre la propiedad de la vivienda de Boadilla del Monte y la titularidad de las participaciones de Príncipe de Vergara 217 S.L., respecto de las cuales se solicita se transmitan al actor por extinción del negocio fiduciario. Sin embargo, queda acreditado que toda la actividad del actor quedaba enmascarada para defraudar a terceros, por lo que es de aplicación el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1 . No existe prueba alguna, directa o indirecta, que permita pensar en la existencia de un negocio fiduciario, bien al contrario, contradice la fiducia el origen del dinero de las operaciones (bancos, préstamos instrumentados en el Banco de España) los títulos (escrituras, cesiones, registros, contabilidades), ausencia de patrimonio previo del padre que fuera objeto de transmisión fiduciaria, etc.

SEXTO.- Vistos los términos en los que viene planteado el recurso, hemos de examinar, en primer lugar, la cuestión eminentemente jurídica de la validez y eficacia de un negocio fiduciario basado en causa ilícita o torpe y los efectos jurídicos que se derivan para los contratantes en el caso de nulidad radical de un contrato de esa naturaleza.

Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo 2001, 7 de junio de 2002, de 30 de marzo de 2004, y 17 de febrero de 2005 afirman que "cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz". Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil EDL 1889/1 , a cuyo tenor "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.". Y la STS de 13 de marzo de 1997 precisa que "la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio", y STS 19 febrero 2009 recurso 2236/2003 "Es cierto que el artículo 1275 del Código Civil EDL 1889/1 en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo código, que exige como requisito esencial del contrato la existencia de causa de la obligación se establezca, señala que el contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley, de modo que en tal caso se impondrá la aplicación de las reglas del artículo 1306 en cuanto distingue los supuestos en que la causa torpe deba atribuirse a ambas partes o a uno solo de los contratantes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2007 se remite a la de 13 de marzo de 1997 para reiterar que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Sentencias de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11- 12-1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (Sentencias de 22-12-1981 y 24-7-1993)». Aun cuando la "causa" no aparece conceptualmente definida en el Código Civil EDL 1889/1 y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (artículo 1261-3º) y otras de causa del contrato (artículos 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa- puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados "motivos casualizados" (sentencias de esta Sala de 11 julio 1984, 21 noviembre 1988 y 8 abril 1992, entre otras)".

En cuanto a las consecuencias que para los contratantes se deriva de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa del contrato viene regulada en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil EDL 1889/1, indicando, este último, que es el que aquí nos interesa que "Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1ª) Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2ª) Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido".

Precepto que junto con el anterior, forman un bloque peculiar, al representar una excepción o salvedad (ya anunciada en el artículo 1.303 "in fine" del Código Civil EDL 1889/1) a la regla de la recíproca restitución de las prestaciones producidas en virtud de un contrato mulo. La razón de estos preceptos se presenta en sede de pago de lo indebido, o de enriquecimiento injusto. En efecto, se trata de un conjunto de casos, ya tratados en el Derecho Romano, en que se deniega la "conditio" o la acción de cobro de lo indebido, y que la doctrina moderna fundamenta, entre otras teorías, en la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad.

Ahora bien, la aplicabilidad de este precepto sancionador de la conducta ilícita de los contratantes, tiene dos excepciones jurisprudencialmente admitidas: los supuestos de simulación contractual y los negocios en que una sola de las partes efectúa prestaciones. Así lo entendió la STS de 30 de octubre de 1985 "al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1.306 del Código Civil EDL 1889/1 "no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo" que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a éste, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte", lo que corrobora la STS 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 "En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (sentencias de 7 febrero 1959, 24 enero 1977 y 30 octubre 1985) que el artículo 1306 del Código Civil EDL 1889/1 "no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo".

En igual sentido se pronuncia la doctrina de las Audiencias Provinciales, así la SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004, cuando nos dice que "Partiendo el actor en su demanda de que la finalidad del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, cuya nulidad pretende, era la de simular una venta a favor de su hermana Dª Cristina pues, consecuencia de una serie de problemas y deudas profesionales (era albañil) temía que le embargaran; y así evitar que los bienes vendidos, casa con terreno y cochera, útiles y herramientas de su trabajo le fueran embargados por terceros, es claro que la causa del contrato litigioso obedeció a una causa torpe o ilícita, cual era vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código Civil EDL 1889/1 y aún cuando de conformidad con la literalidad del artículo 1306 núm. 2 del código Civil EDL 1889/1 , el actor carecería de acción para exigir la restitución de los bienes enajenados al responder la transmisión a una causa torpe, no puede ignorarse la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo a lo largo de casi un siglo, no obstante ser criticada por un sector amplio de la doctrina, según la cual este precepto no es aplicable cuando "la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo (SSTS de 24 de enero de 1977, 7 de febrero de 1959, 30 de junio de 1931), doctrina reiterada por la más reciente STS de 23 de octubre de 1992, en términos que no dejan lugar a dudas sobre la imposibilidad de aplicar a supuestos con los de autos, la regla 2ª del artículo 1306, por inmoral y fraudulento que puede parecer esta utilización de los mecanismos y recursos jurídicos, cuando literalmente dice "como el derecho no puede temer a la verdad sino favorecer el que ésta prevalezca, es llano que los intervinientes en el negocio con simulación absoluta están legitimados para pedir la declaración de su inexistencia", SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de julio de 2003 al afirmar que "no hay que confundir el dolo con la causa ilícita o torpe del artículo 1306 del mismo Código y que es predicable de ambos contratantes, precepto que sólo es de aplicación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo - sentencia de 10 de abril de 2001, por citar alguna de las más recientes- a los casos de nulidad de pleno derecho o absoluta (entre los que no se incluye el supuesto de los vicios de la voluntad y, entre otros, del dolo), y que tampoco es aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencia de 30 de octubre de 1985, por ejemplo-, si uno solo de los contratantes entregó algo. Sobre la base de esta consideración y de la inaplicación del artículo 1306 citado, habría que entender que, en este caso, los efectos materiales de la resolución pretendida por el actor serían los mismos que los de la nulidad solicitada por el demandado, pues ambas formas de ineficacia contractual se traducen en la obligación de restitución propia de las cosas o de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato (artículo 1303 del Código Civil EDL 1889/1) y entregadas o ejecutadas en virtud del mismo.". La SAP de Tarragona de 14 de noviembre de 2003 que "respecto a la supuesta causa ilícita y correlativa nulidad del contrato, hay que indicar que, aceptando esta línea argumental, lo que quedaría sin efecto es precisamente la atribución formal de la titularidad a favor de la esposa, que es la apariencia creada por las partes para obtener la subvención, revelándose entonces como válido el único y auténtico negocio de adquisición real por parte de ambos cónyuges; lo que nunca cabría defender es la solución contraria, propugnada por la recurrente, esto es, que constatada la ilicitud de la causa, se mantuviera la situación aparente creada por las partes con tal fin". Esta misma doctrina la admite la SAP Alicante (Sección 7ª) de 11 de noviembre de 2002 al sostener que " Sentado, pues, que D. José Francisco conocía que el fin pretendido por D. Bartolomé al proceder a la venta de sus propiedades era el sustraer las mismas a la acción de los acreedores, cabe concluir que la causa torpe o ilicitud de la causa (vulnerar la garantía que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1.911 del Código Civil EDL 1889/1) era conocida tanto por el vendedor como por el comprador, siendo de aplicación, pues la causa torpe descrita no constituye delito ni falta a que hace referencia el artículo 1.305 CC EDL 1889/1 , lo previsto en la regla 1ª del artículo 1.306 al establecer que "cuando la culpa éste de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido". Si bien es cierto que existe jurisprudencia según la cual el artículo 1.306 Código Civil EDL 1889/1 no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni cuando es uno solo de los contratantes el que entregó algo (STS 30-10-85), también lo es que en el presente caso ha quedado suficientemente acreditado, mediante constancia en escritura pública, que el actor reconoció recibido el precio

estipulado, sin que dicha prueba pueda ser destruida por la declaración testifical que ni siquiera asegura tener constancia de si se realizó o no se realizó pago alguno, motivo por el cual no nos encontramos ante ninguno de los supuestos citados, sino, como ya ha quedado expuesto, ante un caso de contrato con causa ilícita.". Si bien esta última sentencia se aplicó el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1, porque no se trataba de un contrato simulado, y se consideró que hubo prestaciones por ambas partes litigantes, por tanto, no concurría ninguna de las excepciones jurisprudenciales a su aplicabilidad.

En consecuencia, cuando se da uno de estos dos supuestos de excepción a la norma especial sancionadora, la consecuencia por ella prevista decae y vuelve a ser aplicable la norma general reguladora de los efectos "inter partes" de la nulidad contractual, que es la prevista en el artículo 1303 del CC EDL 1889/1 conforme al cual "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Doctrina aplicable al negocio fiduciario con causa ilícita al tratarse de un contrato como cualquier otro promovido al amparo del artículo 1255 del Código Civil EDL 1889/1. Negocio que normalmente perseguirá finalidades lícitas, cuáles pueden ser la transferencia de la propiedad con fines de garantía, pues como dice la STS de 26 de julio de 2004 recurso 3684/1998 "La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compra-venta simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación", fideicomisos, obtención de préstamos, etc., y otras veces, claramente ilícitas como lo es vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1.911 del Código Civil EDL 1889/1, la evasión de impuestos o la obtención de subvenciones a las que no se tiene derecho. Incluso los traspasos y subarriendos ilegales como recuerda la STS de 16 de julio de 2001 recurso 1505/1996.

Por otra parte, hemos de recordar que como dice la ya citada STS de 16 de julio de 2001 recurso 1505/1996, el negocio fiduciario supone una "modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza (de ahí que algunos autores consideraran la "fiducia cum amico" la forma pura o genuina del negocio fiduciario)". Y la STS de 27 de julio de 1999 recurso 18/1995 "el objeto de la fiducia, en la expresada modalidad "cum amico", era que la fiduciaria D^a Marcelina figurara formalmente, en la referida escritura pública, como compradora (sin serlo realmente) del piso litigioso, con el compromiso de luego transmitir el dominio del mismo a la verdadera compradora (D^a Clara) o a sus herederos, cuyo compromiso, verdadero y único objeto de la expresada fiducia "cum amico", ha dejado de cumplir la fiduciaria D^a Marcelina, al pretender ahora atribuirse la verdadera y real titularidad dominical del piso litigioso, con base en el contrato de compraventa celebrado mediante la tantas veces repetida escritura pública de fecha 10 de junio de 1974, cuyo contrato de compraventa es el que se declara nulo por falta de causa, al no pertenecer el precio de la venta a la expresada fiduciaria, sino que el mismo pertenecía a la fiduciante D^a Clara, que fue la verdadera y única compradora."

Precisando la STS de 4 de julio de 1998 recurso 1157/1994 que " la verdadera esencia de todo negocio fiduciario, que consiste (trátese de "fiducia cum amico" ó de "fiducia cum creditore") en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista."

Nos encontramos, como dice la STS de 26 de julio 2004 recurso 3684/1998, ante un "negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el trasmite; si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, que aplicó en muy pocos casos, como en la Sentencia de 18 de febrero de 1965, esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado".

Añadiendo la de 2 de diciembre de 1981 que "será, menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta, que el propósito de que se trata venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 febrero 1935, seguida por las de 20 junio 1955, 17 marzo 1956, 30 enero 1960, 23 noviembre, 27 febrero 1964 y 2 octubre 1973, además de las citadas, entre otras muchas, de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que animó a cada contratante en su proceder, y en consecuencia para que los motivos subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en particulares hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concertado, operando a manera de causa impulsiva - Sentencia de 27 diciembre 1966 -".

En consecuencia, la nulidad del negocio fiduciario obligacional, acarrearía la ineficacia del contrato de naturaleza real aparente, como integrantes de un único negocio complejo, pues no pueden sobrevivir independientemente, aunque con efectos limitados al fiduciante y fiduciario, dada la inatacabilidad de la posición que sobre los bienes fiduciarios ostentan los terceros de buena fe por negocios efectuados por el fiduciario, ya que para los terceros, ajenos a los pactos fiduciarios, serían plenamente válidos y eficaces.

Por tanto, si el negocio fiduciario fuese nulo por concurrir causa ilícita, cual pudiera ser una eventual evasión fiscal o un fraude de acreedores, la consecuencia no sería siempre que el fiduciario no tendría que entregar nada al fiduciante, por aplicación del artículo

1306 Código Civil EDL 1889/1 , sino que se debe de estar al artículo 1303 del mismo texto legal, cuando fue sólo el fiduciante el que efectuó entregas. Lo contrario incluso supondría un enriquecimiento injusto para el fiduciario cooperador en el negocio fraudulento. Además, esta sería la solución más correcta desde el punto de vista de eventuales terceros perjudicados, ya que al reintegrarse los bienes en el patrimonio de su verdadero titular, normalmente podrán (los terceros) desplegar con mayor facilidad las acciones que pudieran corresponderles, cual sucede en supuestos de obtención de subvenciones indebidas, fraudes fiscales, de acreedores... etc.

SÉPTIMO: Aplicando la doctrina expuesta en el anterior fundamento al supuesto del presente recurso, en primer lugar, hemos de precisar que, vistos los términos de la demanda, no nos encontramos "strictu sensu", ante un supuesto de fiducia, sino que como señala la STS 17 de febrero de 2005 recurso 5211/2000 "y aparte de que dicho negocio es nulo si envuelve un fraude (ad exemplum Sentencia 2 diciembre 1.996), además de todo ello, procede decir que esta Sala (vgr. Sentencia 5 julio 1.989) ya se ha referido en diversas ocasiones al negocio jurídico de «puesta a nombre de otro» en sentido estricto -"nomen commodat"- (en Cataluña "prestanom"), refiriéndose a su designio de "conseguir una finalidad económica muy limitada con instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado, figura que tiene unos perfiles ciertamente semejantes con los negocios fiduciarios, pero con más improntas específicas, y concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas"; y entre éstas figuran, a no dudarlo, el denominado "testaferro" (del italiano «testa ferro», cabeza de hierro), en cuanto se trata de "una persona que figura con su nombre en un contrato, o como propietario de cierta cosa, en vez del interesado, o dueño verdadero, que queda oculto".

Por cuanto, según la tesis de la demanda, lo que pretendía D. Francisco, tanto al figurar D. Segundo como titular de la vivienda unifamiliar en Boadilla del Monte, con la cesión del remate a su favor por parte del Banco Zaragozano, como al figurar como administrador de la codemandada Príncipe de Vergara 217 S.L., era la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de D. Francisco de las responsabilidades frente a terceros, es decir, D. Segundo actuaba como testaferro de su padre.

Y la finalidad defraudatoria, respecto de la responsabilidad de D. Francisco, frente a terceros a los efectos del artículo 1911 Código Civil EDL 1889/1 , se describe de manera pormenorizada en la demanda (en el periodo comprendido, al menos, entre los años 1997 a 2002), y no sólo para blindar la adquisición por terceros respecto a la vivienda de Boadilla del Monte, sino también para que todo su patrimonio estuviera en sociedades interpuestas, entre ellas Príncipe de Vergara 217 S.L., y ello con base a los procedimientos instados por Caixa Vigo, y también por los procedimientos cruzados con D. Leovigildo, aunque éstos finalizaran con la transacción efectuada entre las partes el 23 de octubre de 2001.

Es decir, la causa ilícita (finalidad defraudatoria respecto de terceros), viene dada con base a los motivos casualizados, que según la tesis del actor, llevaron a que por el Banco Zaragozano se cediera el remate a favor de D. Segundo, y a que el patrimonio de D. Francisco estuviera salvaguardado en diversas sociedades, en las que era ajeno, así respecto de la codemandada Príncipe de Vergara 217 S.L. Y tales motivos, o causa, han de ser apreciados en el momento en el que se ejecutaron, es decir, en el 1999, cuando se produce la cesión de remate, o entre los años 1997 a 2002, al menos, cuando D. Francisco oculta su patrimonio a través sociedades interpuestas, de ahí que no pueda acogerse la tesis del motivo primero de la apelación, al alegar que debe entenderse lícita la causa, por los hechos posteriores, es decir, por el hecho de que se llegara a un acuerdo transaccional con el Sr. Leovigildo, o que los procedimientos instados por Caixa Vigo, a la postre, fueran favorables a D. Francisco .

Por cuanto, de estarse a la tesis sostenida en el recurso, llegaríamos al absurdo de entender lícita la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de D. Francisco de las responsabilidades en que se hallaba implicado, siempre y cuando tal ocultación se efectuara por quien finalmente tuviera razón.

Finalidad defraudatoria que se deriva de la propia argumentación del recurso de apelación, siempre y cuando respecto del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. 11 de Madrid, por insolvencia punible, iniciado en el año 1996, en el mismo se embargaron todos los bienes de D. Francisco, y es precisamente mientras se encuentra en tramitación el procedimiento penal, cuando se realizan las actuaciones consistentes en poner a D. Segundo como testaferro, según la tesis del propio actor.

En definitiva, la actuación de D. Francisco, cualquiera que fuera el resultado final de los procedimientos en curso (y las acciones que tuviere contra quien los instó), ha de entenderse con causa torpe o ilícita, por cuanto en el momento de realizarse, la finalidad era la ocultación de su patrimonio para salvaguardarlo de la responsabilidad del artículo 1911 Código Civil EDL 1889/1 , así como evitar que se procediera al embargo de sus bienes, que ya había sido acordada (procedimiento ante el Juzgado de lo Penal núm. 11 de Madrid).

Ahora bien, la ilicitud de la causa, conforme venimos desarrollando a lo largo de la presente resolución, no conllevaría, sin más, que el actor no pudiera solicitar la restitución de los bienes, por aplicación del artículo 1306.2º Código Civil EDL 1889/1 , como parece ser la conclusión de la sentencia apelada en su fundamento primero y primer párrafo del fundamento de derecho segundo, por cuanto, conforme a la doctrina ya reseñada, no será aplicable el citado precepto cuando se trate de un contrato simulado, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo. Y en el supuesto del presente recurso, no nos encontramos ante supuestos de simulación, y por lo tanto, para determinar si D. Francisco puede reclamar a D. Segundo lo instado en el suplico de la demanda, lo que procederá es determinar si existió o no la fiducia, o mejor dicho, si D. Segundo actuaba como testaferro de su padre, con finalidad defraudatoria sí acreditada, y a su vez, determinar si se acredita que fue sólo D. Francisco quien efectuó entregas a D. Segundo, al actuar éste como mero testaferro de su padre.

OCTAVO: En cuanto a la existencia de un negocio fiducia entre D. Francisco y Segundo . Carlos, o para ser más precisos, que D. Segundo actuó como testaferro de D. Francisco, tanto en la adquisición de la vivienda que era el domicilio de D. Francisco, como en la constitución y actuaciones posteriores de la entidad Príncipe de Vergara 217 S.L, la parte apelante, en el segundo de los motivos, alega se ha producido un error en la valoración de la prueba por la juzgadora de instancia, por no entender acreditada la fiducia, y la vulneración de las normas esenciales del procedimiento con indefensión, a los efectos del artículo 24 CE EDL 1978/3879 , al no valorarse la prueba fundamental y directa, cual es el documento de 26 de octubre de 2001.

Al respecto, se ha de indicar que como pone de manifiesto una reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo con del Tribunal Constitucional: "el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial «ad quem» para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de derecho o de hecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un «novum iudicium» (entre otras, SSTC 194/1990, de 29 de noviembre, F. 5; 21/1993, de 18 de enero, F. 3; 323/1993, de 8 de noviembre, F. 4; 272/1994, de 17 de octubre, F. 2; y 152/1998, de 13 de julio, F. 2). El Juez o Tribunal de apelación puede, así, valorar las pruebas practicadas en primera instancia y revisar la ponderación que haya efectuado el Juez «a quo», pues en esto consiste, precisamente, una de las finalidades inherentes al recurso de apelación" (STC. núm. 21/2003, de 10 febrero).

Ahora bien, también se ha de precisar que la valoración de la prueba se incardina en el ámbito propio de las facultades de la Juzgadora de instancia, que deberá llevar a cabo la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecida, como se encuentra, por la inmediación al deber presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas. De tal suerte que cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción.

Con estos presupuestos, la argumentación del recurso viene dada, en primer lugar, por no haberse tenido en cuenta en la sentencia de instancia el documento privado de 26 de octubre de 2001, en el que, en texto mecanografiado, D. Segundo reconoce que las sociedades "Príncipe de Vergara 217, S.L." y "Sofruca, S.L.", de las que es administrador se "constituyeron, actuaron y actúan siguiendo instrucciones y con los fondos propios de mi padre D. Francisco, teniendo el carácter del fiduciarias del mismo, carácter con el que igualmente actúo en mi cargo de administrador", y se añade "II.- Que siguiendo instrucciones y con los fondos propios de D. Francisco, me adjudiqué, en mi propio nombre, la finca registral núm. NUM001 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Pozuelo de Alarcón, reconociendo la titularidad exclusiva de dicha finca sita en la " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte a mi mencionado padre y comprometiéndome a otorgar sobre dicha finca y a su instancia los documentos de dominio, garantía, obligacionales y de cualquier otro tipo que el mismo me indique" por último "III.- Que siguiendo instrucciones de mi mencionado padre y con fondos procedentes del mismo (documentados siguiendo sus instrucciones como créditos a la sociedad "Príncipe de Vergara 217, S.L." a favor de D^a Rebeca, compañera del mismo) la sociedad "Príncipe de Vergara 217, S.L." ha adquirido en el día de hoy en escritura pública autorizada por D. Rafael Vallejo 49 obligaciones hipotecarias al portador de 1.000.000.- ptas. de valor nominal cada una de ellas, serie A, núm. 33 al 78 y 91 a 93 emitidas por VIMASA ("Viviendas Mancomunadas S.A.") y que igualmente siguiendo instrucciones y con fondos propios de mi padre en el año 2000 la citada sociedad adquirió de los Sres Romualdo 16 cédulas núm. 22, 30,82 a 90, 94 a 98, de la misma serie y emisión, reconociendo por el presente documento que todas las obligaciones referidas son titularidad de mi padre, a quien me comprometo a entregárselas en el momento en que sea instado a ello, sirviendo el presente documento de carta de pago del importe de dichas obligaciones frente a la sociedad emitente VIMASA y frente al actual titular de la finca hipotecada Sr. Florian al ser ambos fiduciarios de mi mencionado padre. Que en la escritura antes mencionada igualmente se adquirieron, siguiendo las mismas instrucciones y con fondos de mi padre, por "Príncipe de Vergara 217, S.L." 31 obligaciones hipotecarias al portador serie A, núm. 1 a 27 y 42 al 45 por importe de 1.000.000.- ptas. de valor nominal emitidas por la mercantil THOTMES, S.A. reconociendo a mi padre por el presente la titularidad exclusiva de dichas obligaciones", además consta manuscrito "Conforme. Segundo . DNI NUM002 " y firma ilegible (documento folio 32 de la pieza medidas cautelares).

Con relación a este documento se han de efectuar diversas precisiones, en primer lugar, y pese a la relevancia del mismo en el presente procedimiento, así como la fecha de 26 de octubre de 2001, el documento no se presentó con la demanda, cuando de conformidad al artículo 265.1.1º Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se debió acompañar con la demanda, al tratarse de un documento en el que la parte fundamenta su derecho.

Es más, el documento se aportó en el acto de la vista de la pieza de medidas cautelares, celebrada en fecha 22 de noviembre de 2004 (folio 21 de la citada pieza), con posterioridad a la fecha del escrito de contestación.

Sin embargo, también se ha de tener en cuenta que pese a presentarlo por la representación de la actora en el citado acto (vista de medidas cautelares), con el acta de protocolización de 19 de octubre de 2004, ante el Notario de Madrid D. Antonio de la Esperanza Rodríguez al núm. 4454 de su protocolo (folios 31 y 32 de pieza de medidas cautelares), también fue aportado por la representación de parte demandada, por cuanto en el acto de la vista de las medidas cautelares, por la misma se aportó informe pericial caligráfico emitido por el perito calígrafo D. Obdulio, en el que se concluye que la firma del documento dubitado no es de D. Segundo (folios 22 a 30 de la pieza de medidas cautelares), y la demandada en el acto de la Audiencia Previa solicitó como prueba la ratificación del indicado perito en el acto del juicio (folio 20 del tomo XI).

De igual modo, por la actora se aportó informe pericial del perito D. Luis Manuel, con el escrito de interposición del recurso de apelación contra el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, aunque por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 21ª, por resolución de 21 de noviembre de 2005 acordó devolver a la parte apelante los documentos aportados con el citado escrito y que constaban en los folios 77 a 107 (tal y como consta en la diligencia de constancia de esa misma fecha, folio sin numerar de la pieza de medidas cautelares), y si bien se solicitó por la representación de la actora como prueba en el acto de la audiencia previa (folio 16 del Tomo XI de las actuaciones), y fue admitida en el mencionado acto, no consta incorporado a las actuaciones el citado informe pericial (s.e.u.o).

A su vez, por la representación procesal de la parte actora, mediante escrito de 7 de marzo de 2006 (folios 134 y siguientes del tomo XI de las actuaciones), se aportó informe de la Brigada Provincial de Policía Científica. Grupo de Documentoscopia, en el que a partir de la fotocopia del documento mecanografiado de 26 de octubre de 2001, con carácter dubitado, en cuanto a la firma que obra en el mismo, y como indubitado el cuerpo de escritura ante Secretario Judicial, de 29 de junio de 2005, se llega a la conclusión de que la firma dubitada fue realizada por D. Segundo (el citado informe consta en los folios 146 a 155 del tomo XI). Respecto de este informe se acordó su admisión, como prueba documental, mediante providencia de 24 de marzo de 2006 (folio 169 del tomo XI).

Por último, en el acto de la Audiencia Previa, celebrada el 19 de septiembre de 2005, por la representación de la actora se propuso, a los efectos del artículo 339 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , la pericial judicial grafológica, que fue admitida (tal y como

consta en el folio 22 del tomo XI y soporte audiovisual), y se emitió informe por el perito judicial D. Arsenio (folios 189 y siguientes del Tomo XI), en el que se concluye que la firma dubitada ha sido realizada por el mismo autor que ha realizado las firmas indubitadas.

Los tres peritos D. Obdulio (a partir de 3:12:00 de la grabación), D. Luis Manuel (a partir 3:15:30 de la grabación) y D. Arsenio (a partir 3:26:00 de la grabación), comparecieron en el acto del juicio celebrado el 6 de marzo de 2007 (folios 365 a 367 del Tomo XI y soporte audiovisual), y en el mismo ratificaron sus informes y contestaron a las aclaraciones de los letrados de las partes.

NOVENO: De todo lo desarrollado en el anterior fundamento se ha de derivar que con independencia de haberse aportado el documento de forma extemporánea, a los efectos del artículo 265.1.º Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, también es cierto que se ha aportado por ambas partes, y sobre el mismo se han admitido hasta cuatro pruebas periciales, por lo que procede hacer la valoración sobre la prueba admitida.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, a los efectos del artículo 348 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, se ha de efectuar conforme a las reglas de la sana crítica, lo que corrobora la doctrina jurisprudencial reiterada, así STS 19 de diciembre de 2008 recurso 2519/2002 "Por otra parte, esta Sala tiene declarado que la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (entre otras, SSTS de 13 de febrero de 1990 y 29 de enero de 1991, 11 de octubre de 1994 y 1 de marzo y 23 de abril de 2004, 28 de octubre de 2005 y 22 de marzo y 25 de mayo de 2006), y, en este caso, la apreciación efectuada en la instancia no incide en error ostensible y notorio, ni es absurda o arbitraria y tampoco contradice las reglas de la común experiencia" y STS 9 de octubre de 2008 recurso 4934/2000 "Esa doctrina es plenamente aplicable a la prueba pericial, pues, como resulta del tenor de los propios preceptos que en el motivo se dicen infringidos, su valoración se rige por un principio de libertad que no encuentra más restricción que la derivada del imperio de las reglas de la sana crítica - sentencias de 29 de abril de 2.005, 16 de octubre de 2.006 y 20 de julio de 2.007, entre otras muchas".

Pues bien, con estas premisas, hemos de concluir que la firma que consta en el documento con fecha 26 de octubre de 2001 se corresponde con la del codemandado D. Segundo, siempre y cuando existen tres informes periciales que así lo corroboran. Y sin que excluyamos el informe de D. Obdulio por el hecho de haberse efectuado el mismo a partir de una fotocopia, por cuanto el informe de la Brigada de Policía Científica también se elabora a partir de una fotocopia (folio 147 del Tomo XI), y sin embargo, en este informe se concluye que la firma dubitada es de D. Segundo al existir analogías con las indubitadas (cuerpo de escritura) cualitativamente muy importantes (folio 151 tomo XI), y el perito D. Luis Manuel, quien manifiesta haber tenido el original para realizar su informe (3:18:00 de la grabación del juicio), concluye que no ha tenido ninguna duda acerca de la autoría de la firma de D. Carlos (3:24:40 de la grabación). Por último, D. Arsenio (perito judicial), si bien parte de un error en el apartado 5.1 de su informe (página 4) por cuanto señala que el documento dubitado es "Documento público de 26 de octubre de 2001, otorgado ante el Notario de Madrid D. Antonio de la Esperanza Rodríguez con núm. 4454 de su protocolo", cuando debería decir que se trata de un documento privado con fecha 26 de octubre de 2001, protocolizado ante "el Notario de Madrid D. Antonio de la Esperanza Rodríguez el 19 de octubre de 2004 con núm. 4454 de su protocolo" (tal y como consta en los folios 31 y 32 de la pieza de medidas cautelares), aclarado este extremo, las conclusiones del perito acerca de la firma no se han desvirtuado, máxime cuando, de igual manera que en el informe de la Brigada de Policía Científica, el perito judicial llega a sus conclusiones por la similitudes relevantes entre la firma dubitada y las indubitadas.

En todo caso, no queda acreditado que la firma se estampara sobre un documento en blanco, pues como manifiesta el perito D. Obdulio en el acto del juicio (a partir 3:12:00 de la grabación) no existen indicios de que se firmara en blanco, y el perito judicial D. Arsenio manifiesta que no es objeto de su informe si el documento se firmó en blanco (3:38:55) y el mismo perito judicial señala que la única fecha que puede corroborar es la de las firmas realizadas ante un funcionario público (3:38:00), es decir, las del cuerpo de escritura de 29 de junio 2005 (folios 152 a 155 del Tomo XI).

En consecuencia, podemos concluir que, a los efectos del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, y valorando los informes periciales ya reseñados, la firma que obra en el documento fechado el 26 de octubre de 2001 se corresponde con la de D. Segundo, sin que tal acreditación se extienda a la fecha que consta en el documento, y sin que existan pruebas para derivar que la firma se estampara en un documento en blanco.

DÉCIMO: De las conclusiones a las que hemos llegado en el anterior fundamento, en cuanto a la autenticidad de la firma de D. Segundo, en el documento examinado, y no existir prueba de que se firmara en blanco, de tales hechos no puede concluirse, como hace la parte apelante en el motivo segundo del recurso de apelación, en entender acreditado el contenido del documento en su integridad. Por cuanto, aunque se acredite la autenticidad del documento privado, ello no conlleva a los efectos del artículo 326 con relación al 319, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, el que el documento, en cuanto a su contenido, no pueda ser valorado con el resto de las pruebas que se practiquen.

Lo que se deriva de una doctrina jurisprudencial reiterada, al respecto STS 24 junio 2008 recurso 921/2001 "El motivo ha de ser desestimado por varias razones: A) el artículo 1225 CC EDL 1889/1 que se cita como infringido contiene una regla de prueba legal o tasada, pero ello no implica que tenga prevalencia sobre otras pruebas, sino que ha de ponerse en relación con las demás (SSTS 18 de octubre de 2004; 19 de diciembre de 2006). B) la jurisprudencia de esta Sala rechaza la posibilidad de revisar en casación la prueba documental mediante la cita del artículo 1225 CC EDL 1889/1, o la de proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba al hilo de la cita de alguna norma que contenga regla legal de valoración probatoria (SSTS 21 de marzo y 11 de junio 2007). C) el artículo 1.225 del Código Civil EDL 1889/1 se limita a declarar que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes, por tanto, su mandato no es otro que el de equiparar los efectos probatorios del documento privado reconocido legalmente con los propios de la escritura pública (párrafo segundo del artículo 1.218); ahora bien, como expone claramente la reciente sentencia de fecha 5 de diciembre de 2007, recogiendo la doctrina jurisprudencial al

respecto, «la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones (Sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1998, 28 de septiembre de 2006 y 29 de mayo de 2007) que «esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982, 14 de febrero y 14 de marzo de 1983)". Así, prosigue la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, antes referida, "el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencia de este Tribunal de 30 de septiembre de 1995). En igual sentido las Sentencias de 26 de enero de 2001, 30 de octubre de 1998, 11 de julio de 1996, 18 de julio de 1992, 27 de marzo de 1991, 2 de abril de 1990 y 6 de julio de 1989", y esta doctrina se corrobora en STS 31 de enero 2008 recurso 377/2001 "En segundo lugar, con simple valor dialéctico debe añadirse que, incluso en la situación más favorable a la entidad recurrente, de atribuir relevancia casacional a la decisión adoptada al respecto de la titularidad de la finca, no puede prosperar un motivo en el que, con cita del artículo 1218 CC EDL 1889/1 , en relación con los dos precedentes, tan sólo se pretende dar un valor absoluto a un documento público a la hora de dilucidar a quién se debe atribuir la titularidad de la finca, como si dicha titularidad no pudiera quedar desvirtuada por otros medios, en contra de lo declarado por esta Sala (por todas, en la reciente Sentencia de 5 de diciembre de 2007) de que «esta prueba (documentos públicos) no es necesariamente superior a otras (Sentencias de 25 de junio de 1983, 27 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986 y 18 de junio de 1992) y la veracidad intrínseca de las declaraciones contenidas en ellos puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1973, 9 de mayo de 1980, 15 de febrero de 1982, 14 de febrero y 14 de marzo de 1983)», y que «el valor o eficacia del documento público no se extiende a su contenido o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (Sentencia de este Tribunal de 30 de septiembre de 1995)», destacando precisamente, que el mero hecho de que haya recaído sentencia firme (7 de septiembre de 1996) estimatoria del derecho de los reversionistas, supone un cambio de la situación jurídica aludida en el contenido de tales documentos, cuya comprensión o inteligencia, más allá del valor de un determinado documento, sólo resulta posible mediante una valoración conjunta de la prueba documental, con la consecuencia de que no puede luego pretenderse su completa revisión al hilo de la cita de alguna norma, como la contenida en el artículo en cuestión, que contenga regla legal de valoración probatoria".

Y si bien es cierto que la citada doctrina jurisprudencial se refiere a la regulación anterior a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, la misma ha de entenderse aplicable a los actuales artículos 326 con relación al 319, así, entre otras podemos citar Sentencia AP Madrid Sección 14ª 21 de septiembre de 2004, recurso 337/2003 "Respecto de los documentos privados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 EDL 2000/77463 , ya tenía dicho (por todas, la sentencia de 11 de junio de 2001), que «como tiene proclamado la doctrina de esta Sala, el artículo 1225 del Código civil EDL 1889/1 se limita a declarar que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, equiparando, por tanto, sus efectos probatorios a los del artículo 1218 del Código civil EDL 1889/1 , sin que el artículo 1225 sea referible a toda clase de documentos privados, sino únicamente a una categoría determinada de ellos: los suscritos por los litigantes y que tienen por objeto un acto o negocio jurídico - sentencias de 29 de mayo de 1987 y 20 de abril de 1989 -, (...)»; que el reconocimiento de firma acredita no solamente la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque al integrarse en el documento lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa, por la función que representa en cuanto grafica externamente el contenido documental (sentencias 2 de octubre 1980 y 17 de febrero de 1992) y si bien es cierto que ello no implica el asumir incondicionalmente la veracidad intrínseca del documento, ya que la misma puede ser desvirtuada por prueba en contrario (sentencia de 3 de julio de 1992), dicha carga incumbe a quien, perjudicado por el contenido documental, sostenga su falsedad, de conformidad con lo prevenido, ahora, en los artículos 217 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463; y que el valor probatorio de un documento privado debe conjugarse con los restantes medios probatorios, conforme a reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 8 de noviembre de 1994, 29 de marzo de 1995 y 12 de diciembre de 2000); incluso, a la vista del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento civil EDL 2000/77463 , cabe la valoración conforme a las reglas de la sana crítica de un documento cuya autenticidad no se pudiese deducir o no se hubiere propuesto prueba alguna sobre dicha autenticidad una vez impugnado por la parte a quien perjudique", Sentencia AP Madrid Sección 9ª 20 de marzo 2009 recurso 245/2008 "Tercero.- Con relación a la validez y eficacia probatoria de los documentos privados el artículo 1225 del Código Civil EDL 1889/1 establece que el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. Estableciendo por su parte que el artículo 1218 del Código Civil EDL 1889/1 , que los documentos públicos hacen prueba, aun contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Ahora bien, en cuanto a la eficacia probatoria de los documentos públicos, y en su caso a los documentos privados reconocidos por las partes, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-12-2005 "Además, fuera del ámbito de lo que es norma de prueba legal o tasada, y solamente norma legal de prueba, esta Sala tiene reiterado que la documental pública no es preferente o privilegiada respecto de otras pruebas. Y en esta línea la reciente Sentencia de 30 de septiembre pasado dice que "el artículo 1.218 del Código Civil EDL 1889/1 ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la escritura pública hace prueba de la prueba y del hecho de su otorgamiento, pero no de su contenido, cuya veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por prueba en contrario -SS. de 25 de enero de 1988, 23 de octubre de 1992, 30 de septiembre de 1995 y 11 de julio de 1996 - ", y añade que "la fuerza probatoria del artículo 1218 no impide combatirla y declarar la falta de correspondencia entre las declaraciones que el documento pueda contener y la realidad por convicción adquirida de otros elementos probatorios" y Sentencia AP Madrid, Sección 11ª, 28 de noviembre 2008 recurso 644/2007 "Al respecto

ha de recordarse que, como ha declarado con reiteración la jurisprudencia los documentos privados deben ser valorados, para inferir la fuerza probatoria que puede resultar de su contenido, en relación con los demás medios de prueba obrantes en autos -Sentencias de 27 de octubre de 2004, 15 de noviembre de 2006 y 31 de enero de 2007, entre las más recientes-; teniendo en cuenta que si bien la fuerza probatoria plena de los documentos privados depende, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 326 de la LEC EDL 2000/77463, del hecho de ser impugnada su autenticidad, no quiere ello decir que la mera impugnación prive de toda fuerza probatoria a los documentos, que habrán de valorarse de acuerdo a la sana crítica y al resto de las pruebas practicadas".

En consecuencia, y aplicando la doctrina trascrita al supuesto del presente recurso, el hecho de que se haya acreditado la firma del documento, y la misma deba atribuirse a D. Segundo, y no haberse acreditado que se firmara en banco el documento, y en principio pueda entenderse que D. Carlos refrendó su contenido, ello no implica que no deba de valorarse el documento junto con el resto de las pruebas practicadas, puesto que tal medio probatorio no tiene prevalencia sobre los demás, y la veracidad del contenido del documento puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Es decir, pese a lo manifestado por el recurrente en el motivo segundo del recurso de apelación, la suscripción del documento por D. Segundo no puede implicar que se acredite el contenido del mismo en su integridad, y por lo tanto, que, por este solo hecho, proceda la estimación de la demanda, siempre y cuando el documento ha de ser apreciado con el resto de las pruebas practicadas, y su veracidad admite prueba en contrario.

UNDÉCIMO: Si como hemos examinado en los anteriores fundamentos, en el supuesto del presente recurso, nos encontraríamos, según la tesis del actor-apelante, en cuanto a las pretensiones del suplico de la demanda, respecto a la titularidad del inmueble en calle PLAYA000 núm. NUM000, " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte y respecto de la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., ante un supuesto de la figura de "testaferro" de D. Segundo con relación a su padre D. Francisco, y al respecto se ha de tener en cuenta la STS 17 de febrero de 2005, recurso 5211/2000, pues tal figura tiene unos perfiles ciertamente semejantes con los negocios fiduciarios, pero con más improntas específicas, y concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas; y tendría una causa ilícita, tal y como desarrollamos en los fundamentos de derecho sexto y séptimo, pues con la titularidad formal a favor de D. Segundo lo que se pretendía era la ocultación de la titularidad real de D. Francisco para salvar su patrimonio de las responsabilidades en que se hallaba implicado, en contra de la responsabilidad del artículo 1911 Código Civil EDL 1889/1; a los efectos del artículo 1306 con relación al artículo 1303 Código Civil EDL 1889/1 sólo procedería la restitución a favor de D. Francisco, como se solicita en el suplico de la demanda, cuándo se acreditara que sólo él efectuó las entregas, es decir, que los fondos para la adquisición de la vivienda provenían del patrimonio personal de D. Francisco, y de igual modo, en cuanto a la constitución y desarrollo de la actividad de la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L.

Por lo tanto, procede examinar los dos supuestos a los que se refiere la demanda, en primer lugar, en cuanto a la titularidad del inmueble en calle PLAYA000 núm. NUM000, " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte, en el documento de 26 de octubre de 2001 (aunque la fecha no se acredita que sea la reflejada en el documento) se hace constar "II.- Que siguiendo instrucciones y con los fondos propios de D. Francisco, me adjudiqué, en mi propio nombre, la finca registral núm. NUM001 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Pozuelo de Alarcón, reconociendo la titularidad exclusiva de dicha finca sita en la " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte a mi mencionado padre y comprometiéndome a otorgar sobre dicha finca y a su instancia los documentos de dominio, garantía, obligacionales y de cualquier otro tipo que el mismo me indique".

Sin embargo, pese a lo reseñado en este documento, y aunque, por las razones examinadas en los anteriores fundamentos, ha sido acreditada la firma de D. Segundo, de las restantes pruebas se desvirtúa que la adquisición de la finca lo fuera con fondos propios de D. Francisco.

Al respecto, se ha de tener en cuenta los documentos 13 a 15 de la demanda (folios 124 a 129 del Tomo I), documento 110 de la demanda (folios 804 a 809 del Tomo IV), y documentos 14 a 16 de la contestación a la demanda (folios 531 a 577 del Tomo VII), de los que se deriva que la cesión de remate por el Banco Zaragozano a favor de D. Segundo formalmente fue por la cantidad de 100.000 pesetas (documento 15 de la demanda), si bien lo pactado entre el Banco Zaragozano y D. Segundo (contrato de cesión de remate de 7 de octubre de 1998, documento 13 de la demanda), lo fue por la cantidad de 9.500.000 pesetas; y la cantidad fue obtenida por D. Segundo de un crédito de Caja Popular Laboral, Cooperativa de Crédito (documento 110 con relación al documento 14, ambos de la demanda) garantizada con la pignoración de una cuenta de ahorro personal a plazo cuya titularidad corresponde a D. Segundo (folio 807 y 808 del tomo IV), y los pagos se realizan por D. Segundo (documentos 14 a 16 de la contestación), sin que conste entregas de D. Francisco a D. Segundo para hacer frente a los pagos realizados por éste.

En consecuencia, y cualesquiera que fueran los móviles para que D. Segundo figurara como cesionario en el remate, que en todo caso tendrían una finalidad defraudatoria, pues se trataría de que la vivienda que constituía el domicilio de D. Francisco no figurara a su nombre, para evitar los embargos trabados por el Juzgado de lo Penal núm. 11 de Madrid; es lo cierto, que de conformidad a las pruebas examinadas no consta que D. Francisco abonara cantidad alguna por la adjudicación a favor de D. Segundo, pues al contrario, lo que se acredita es que la cantidad pagada al Banco Zaragozano, lo fue con base a un crédito personal de D. Segundo, y los pagos de este crédito se efectuaron por éste.

Sin que el hecho de tener los documentos el actor, y con independencia de lo que después se dirá en cuanto a la alegación de prueba ilícita, a los efectos del artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, así respecto de los documentos 13 a 15 y 110 de la demanda, no es suficiente para, por la vía de las presunciones, tener por acreditados que los pagos del crédito, aunque formalmente realizados por D. Segundo se correspondían a cantidades entregadas por D. Francisco a D. Segundo. Y en cuanto a la titularidad de los muebles existentes en la vivienda, y que los mismos pertenezcan a D. Francisco, al haber sido el domicilio familiar, tal hecho no afecta al presente recurso, que se refiere a la titularidad del inmueble.

Por lo tanto, aunque el móvil fuera ilícito, no nos encontramos ante una excepción por la que no sea de aplicación el artículo 1306 Código Civil EDL 1889/1, por cuanto de las pruebas practicadas se acredita que fue D. Segundo quien abonó las cantidades objeto de la cesión de remate, no sólo en cuanto a las 100.000 pesetas, sino respecto de la cantidad de 9.500.000 pesetas, que se reflejan en el documento 13 de la demanda, y pese a lo reseñado en el documento de 26 de octubre de 2001, se ha desvirtuado lo consignado en el mismo, en cuanto a que la titularidad de los fondos correspondieran a D. Francisco.

Y sin que la prueba de testigos pueda dar luz sobre que los fondos para la adquisición de la vivienda, por la vía de la cesión de remate, provinieran de D. Francisco, pese a que formalmente figurara D. Segundo (así con relación al crédito de Caja Laboral Popular); de esta manera, respecto de la testifical de Da. Nuria (a partir del minuto 44:00 del soporte audiovisual), hija del actor y hermana del codemandado D. Segundo, a los efectos del artículo 376 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, se ha de tener en cuenta el reconocimiento expreso de enemistad con su hermano, y su intención, también expresa, de defender a su padre. En cuanto a las testificales del Sr. Leovigildo (a partir de 1:02:00 de la grabación) D. Jesús Luis (a partir de 1:21:00 de la grabación) este último con enemistad manifiesta con D. Segundo; de los testimonios de ambos testigos se deriva que para ellos D. Segundo actuaba como testafarro de su padre en los negocios de éste, empero, de esta prueba no se deriva que los fondos para la cesión del remate a favor de D. Arsenio proviniesen del patrimonio de D. Francisco, es más el testigo D. Jesús Luis manifiesta no saber de quién era o de quien dejaba de ser el dinero (1:52:00 de la grabación).

Por último, el que por D. Segundo se haya vendido la vivienda, una vez iniciado el procedimiento, y a un precio inferior al del mercado, no puede servir de presunción para derivar que la vivienda (en cuanto a lo acordado con el Banco Zaragozano) se adquiriera con fondos de D. Francisco, máxime si tenemos en cuenta que no se accedió a las medidas cautelares solicitadas, y por lo tanto, D. Segundo tenía la libre disposición sobre la vivienda adquirida.

En conclusión, se ha de confirmar la sentencia de instancia, en cuanto que en la misma no se aprecia el negocio fiduciario, más bien, por las razones vistas, que D. Segundo fuera testafarro de D. Francisco, con relación a la adquisición de la vivienda unifamiliar de la calle PLAYA000 núm. NUM000 " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte; y aunque se tuviera por acreditado la actuación como testafarro, dada la causa ilícita de tal atribución (en perjuicio de los derechos de los terceros acreedores), no se ha acreditado que los fondos para su adquisición provinieran de D. Francisco, por lo que no surge la obligación de restituir a los efectos del artículo 1303 Código Civil EDL 1889/1, como excepción a lo dispuesto en el artículo 1306 del mismo texto legal. Por lo que, confirmando la sentencia de instancia, no procedería lo solicitado en los apartados b) y d) del suplico de la demanda (folio 51 del Tomo I).

DUODÉCIMO: De igual modo que en el fundamento anterior, respecto de la adquisición de la vivienda unifamiliar, hemos de examinar las pruebas respecto de la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L.; por cuanto el actor-apelante sostiene que aunque formalmente D. Segundo figure como administrador único, se trata de una sociedad propiedad del actor D. Francisco.

A favor de la tesis del actor-apelante es el contenido del documento de 26 de octubre de 2001, y como hemos señalado en los fundamentos de derecho precedentes, se acredita que la firma del documento es de D. Segundo, y en el citado documento, como ya hemos señalado con anterioridad, se hace constar que las sociedades "Príncipe de Vergara 217, S.L." y "Sofruca, S.L.", de las que es administrador D. Segundo se "constituyeron, actuaron y actúan siguiendo instrucciones y con los fondos propios de mi padre D. Francisco, teniendo el carácter de fiduciarias del mismo, carácter con el que igualmente actúo en mi cargo de administrador" y de igual modo, en el documento se hace referencia a operaciones concretas de las sociedades.

En cuanto a las otras pruebas practicadas, respecto de las testificales, en cuanto a Da. Nuria (a partir del minuto 44:00 del soporte audiovisual), sus manifestaciones en cuanto a la titularidad de los fondos destinados a la citada sociedad han de ponerse en entredicho, pues es clara su intención de defender la tesis de su padre, en contra de su hermano, respecto del que reconoce una enemistad manifiesta. En cuanto a las testificales del Sr. Leovigildo D. Jesús Luis, este último con enemistad manifiesta con D. Segundo, de sus testimonios, tal y como dejamos establecido en el anterior fundamento, se deriva que para ambos D. Segundo actuaba como testafarro de su padre en los negocios de éste, empero, de esta prueba no se deriva que los fondos con los que actuaba la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., proviniesen de D. Francisco, es más el testigo Sr. Jesús Luis manifiesta no saber de quién era o de quien dejaba de ser el dinero (1:52:00 de la grabación).

Por otra parte D. Francisco (a partir de 2:39:12 de la grabación), hijo de D. Francisco y hermano del codemandado D. Segundo, y aunque manifiesta que no se lleva con su padre, añade que no tiene enemistad; el indicado testigo fue quien ayudó a D. Carlos a la constitución de la sociedad Príncipe de Vergara 217 (año 1997), y en su condición de economista en los primeros años (2 o 3 años) llevó la contabilidad de la sociedad, manifestando que fue D. Segundo quien suscribió el 100% del capital social, y se financiaba mediante préstamos de Bancos y a través de Da. Rebeca, con operaciones efectuadas a través del Banco de España, y añade que era D. Segundo quien le entregaba la documentación para efectuar la contabilidad, y jamás intervino su padre, por cuanto esta fue la condición que puso el testigo, la documentación se encontraba en la vivienda de la " DIRECCION000 " y todo estaba contabilizado, después de dejar de llevar la contabilidad de la sociedad se hizo cargo de la misma una gestoría del Sr. Mateo, y después de éste la ha vuelto a llevar el testigo D. Francisco, manifestando que su hermano no ha sido testafarro de su padre (2:52:00), y añade se devolvieron en parte los préstamos efectuados a través del Banco de España, y se siguen realizando pagos a Da. Rebeca, a través de transferencias bancarias, sin poder determinar las cantidades concretas.

Las manifestaciones de D. Francisco se corroboran a través de otras pruebas, así en cuanto a la constitución de la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., mediante escritura pública de 2 de julio de 1997, la misma consta en el documento 13 de la contestación (folios 515 a 530 del Tomo VII), y en este documento consta una certificación de Caja Laboral de fecha 18 de junio de 1997 respecto de un ingreso de D. Segundo de 500.000 pesetas para la constitución de la entidad (folio 530 del Tomo VII).

A su vez, las manifestaciones de D. Francisco se corroboran por la testifical de D. Mateo (a partir de 1:53:00 del soporte audiovisual), quién manifiesta haber tenido relación con ambas partes hasta hace tres años (es decir, hasta el 2004, pues el juicio se celebró el 6 de marzo 2007, folio 365 del Tomo XI), y reconoce que la asesoría fiscal de la que es titular llevó la contabilidad de Príncipe de Vergara 217, S.L., que antes había llevado D. Francisco, en su condición de economista. Y de su testimonio nada se aclara en cuanto al origen de los fondos, por cuanto de sus manifestaciones sólo se deriva que D. Francisco y D. Segundo iban juntos a su despacho, las decisiones económicas las tomaba D. Francisco y las operativas D. Segundo, desde el punto de vista profesional sus relaciones eran con D. Segundo, éste le requirió la entrega de unas obligaciones hipotecarias que le había entregado D. Francisco, y las entregó a D. Segundo por conducto notarial, por último, manifiesta que no se devolvió ningún préstamo.

De igual modo, en cuanto a la financiación de Príncipe de Vergara 217, S.L.; a través de préstamos otorgados por Da Rebeca, se deriva del acta de manifestaciones que la misma realiza ante el Notario de Madrid D. Eduardo González Oviedo, al núm. 2887 de su protocolo, en la que la compareciente manifiesta: "Primera.- Que obtuvo de la entidad financiera suiza Credit Suisse unos créditos personales, siendo la declarante la única deudora, con objeto de realizar operaciones de préstamo en España que juzgó, personalmente, como oportunos y lucrativas. Segunda.- Que con el dinero obtenido de aquellos créditos otorgó préstamos en España que no sólo lo fueron para la mercantil Príncipe de Vergara 217, S.L., y que se instrumentaron en documentos debidamente declarados en el Banco de España, pactándose un tipo de interés más alto que el acordado en Suiza a fin de obtener un beneficio. De los referidos documentos me hace entrega de fotocopia que a su requerimiento incorporo a esta matriz, como parte integrante de la misma. Tercera.- Que la declarante otorgó los préstamos a la Sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., por ser administrada por el socio mayoritario, y en un principio único, D. Segundo, para que realizara operaciones inmobiliarias que presentaban completa solidez, campo que la mencionada persona demostró dominar perfectamente..." (documento 35 de la contestación, folios 54 a 61 del Tomo VIII).

Y si bien es cierto que las manifestaciones que se recogen en el acta, se impugnan por la representación de los actores, ello no puede ser óbice para que se tengan en cuenta las mismas, así como los documentos acompañados, a los efectos del artículo 326.2 "in fine" Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, máxime cuando los documentos aportados con el acta (folios 57 a 60 del Tomo VIII); se encuentran diligenciados con el sello de Caja Laboral, respecto de préstamos y créditos financieros de no residentes, en los que figura como prestamista la citada Da Rebeca y como prestataria Príncipe de Vergara 217, S.L., por importes muy considerables (370.000.000 pesetas, 141.300.000 pesetas, etc.), desde el año 1997 a 2002, y de igual modo, se aportaron por el actor con la demanda (documento 86, folios 106 y siguientes del tomo IV). Sin que las manifestaciones de Da Nuria, respecto de la situación de su madre en la fecha del juicio puedan implicar el que se tenga por acreditado que el dinero importe de los créditos fuera de D. Francisco, y no de Da Rebeca como se deriva de lo recogido en el acta de manifestaciones de ésta, y en todo caso, se ha de reiterar la enemistad de Da Nuria respecto de D. Segundo, y el pretendido apoyo a su padre para defender sus intereses en el presente procedimiento, máxime cuando Da Rebeca no ha explicado a Da Nuria (como se deriva de la testifical de ésta) el porqué hizo las manifestaciones recogidas en la tan reiterada acta.

Del examen conjunto de las pruebas examinadas en el presente fundamento, hemos de concluir haberse desvirtuado lo recogido en el documento de 26 de octubre de 2001, en cuanto al reconocimiento de la condición de testaferro de D. Segundo en relación a las sociedades Príncipe de Vergara 217, S.L. y Sofruca S.L.; por cuanto respecto de la primera de las sociedades indicadas las pruebas practicadas acreditan que tanto en su constitución como a lo largo de su actividad, D. Francisco ni participó en su constitución, ni se acredita que fueran suyos los fondos con los que actuaba, máxime cuando de las pruebas que hemos reseñado, lo que se acredita es que en su constitución sólo intervino D. Segundo, y en el desarrollo de su actividad, la fuente primordial de fondos eran los remitidos por Da Rebeca, siendo cuestión ajena al presente procedimiento las acciones que Da Rebeca pueda ejercitar contra la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L. o su administrador, por la no devolución de los préstamos.

Es más, las pruebas indirectas, a las que se hace referencia en el recurso de apelación, para derivar que D. Carlos era un mero testaferro de su padre en la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., han de ser examinadas con la debida cautela, así el testimonio de Da Nuria, con evidente interés a favor del actor y enemistad respecto del codemandado D. Segundo. En cuanto a las testificales del Sr. Leovigildo D. Jesús Luis; respecto del Sr. Leovigildo, de su testimonio sólo se puede extraer sus impresiones personales, en cuanto a considerar a D. Segundo como testaferro de su padre, por cuanto el testigo nunca llegó a conocer los bienes de D. Francisco, máxime cuando es D. Segundo quién actúa en nombre de la sociedad Príncipe de Vergara 217, S.L., en la escritura de adquisición de cédulas hipotecarias y reconocimiento de deuda, es decir, al actuar la citada sociedad en la transacción final (documento 62 de la demanda, folios 509 a 516 del Tomo III), empero, del testimonio del Sr. Leovigildo no se deriva que los fondos de la sociedad fueran de D. Francisco. En cuanto al Sr. Juan María, además de reconocer su enemistad con el codemandado D. Segundo, y reconocer que era testaferro de D. Francisco, como ya hemos reseñado en anteriores fundamentos, el testigo no sabe de dónde procedía el dinero.

De igual modo, el documento 61 de la demanda, folios 502 a 505 del tomo III, se trata de una sentencia dictada en el procedimiento ordinario 265/2001 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid, de fecha 23 de diciembre de 2002, en la que figura como demandante Príncipe de Vergara 217, S.L., y como demandados D. Eladio y Da Macarena (esposa del codemandado D. Eladio); y de la misma no se puede derivar que se tenga por acreditado que respecto a la citada entidad (Príncipe de Vergara 217) la titularidad real corresponda a D. Francisco, por cuando lo que se señala en la sentencia es que se trataba de empresas en las que "al parecer trabajaba toda la familia" (apartado 4º del folio 504), y la sentencia estima en parte la demanda de Príncipe de Vergara, 217 S.L., por el importe del préstamo, más intereses legales desde la fecha de la demanda. En consecuencia, ni este documento (sentencia 23 de diciembre de 2002), ni de las contestaciones a la demanda, tanto de D. Eladio (documento 8 de la demanda, folios 81 a 91 del tomo I) como la contestación de Da. Macarena (documento 60 de la demanda, folios 497 a 501 del Tomo III), pueden llevarnos a presumir que los fondos de Príncipe de Vergara 217, S.L., provinieran de D. Francisco. Es más, en la fecha del préstamo al que se refiere el citado procedimiento, 26 de noviembre de 1999 (folio 503 del tomo III), la contabilidad de Príncipe de Vergara 217, S.L. la llevaba D. Eladio, como se deriva de la testifical del indicado D. Francisco y se corrobora por la testifical de D. Mateo, y D. Eladio, en reiteradas ocasiones, manifiesta que en

la etapa en que llevó la contabilidad de la entidad no tuvo intervención alguna su padre D. Francisco, pues ésta fue la primera condición que puso el testigo.

Y si bien es cierto que puede entenderse como hechos acreditados el que D. Segundo, a través de Príncipe de Vergara 217, S.L., y como administrador de la misma, participara en diversos negocios por indicación de D. Francisco, así respecto de la escritura de compraventa de obligaciones hipotecarias a D. Leovigildo (documento 62 de la demanda, folios 509 a 516 del tomo III), o el hecho acreditado de que la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., garantizara el aval otorgado por Caja Laboral Popular a favor de la sociedad Corporación Financiera Abbey, ante el Juzgado núm. 7 de Madrid por importe de 35.000.000 pesetas y vencimiento 21 de mayo de 1999 (tal y como consta en la certificación que obra en el folio 40 del tomo XI). Tales hechos no pueden llevarnos a concluir que los fondos de la entidad Príncipe de Vergara 217 fueran de D. Francisco .

Siempre y cuando, las indicadas operaciones financieras, se pueden entender dentro del marco de las relaciones familiares entre padre e hijo, hasta la fecha de la ruptura, así como las relaciones con quien financiaba a la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., entre los años 1997 a 2002, es decir, Da Rebeca, con relación sentimental con D. Francisco, y con una hija en común, Da Nuria, empero, de tales circunstancias no se puede derivar la condición de testaferro de D. Segundo en la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., y lo que es más importante, que los fondos de esta sociedad provinieran del patrimonio de D. Francisco, que conllevara la obligación de D. Segundo de devolver a D. Francisco lo percibido, pese a la causa ilícita que, en todo caso, habría de apreciar, aunque se considerara acreditado la condición de testaferro.

Por último, el hecho de que D. Francisco aporte, junto con la demanda, múltiples documentos pertenecientes a la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L., sin perjuicio de lo que después señalaremos en cuanto a la prueba ilícita a los efectos del artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , la posesión de los mismos se ha de entender por haber sido la vivienda en la calle PLAYA000 núm. NUM000 de la " DIRECCION000 " de Boadilla del Monte el domicilio familiar, habiendo convivido con el padre (D. Francisco) en diversas etapas sus hijos, y en concreto, por encontrarse en la citada vivienda, que continúa siendo el domicilio de D. Francisco, la documentación de la sociedad. De igual modo, las actuaciones de D. Segundo una vez presentada la demanda del procedimiento, respecto del patrimonio de la sociedad, no puede entenderse un indicio suficiente para derivar las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, de todas las pruebas examinadas podría derivarse que D. Francisco, en un periodo determinado intervino en decisiones económicas y financieras, así cuando la contabilidad de Príncipe de Vergara 217, S.L. la llevaba el Sr. Calixto, pero de tal hecho no puede derivarse que los fondos con los que se llevaban a cabo tales operaciones proviniesen del patrimonio de D. Francisco, por cuanto pese a lo reseñado en el documento de 26 de octubre de 2001, lo reconocido en el mismo, se ha desvirtuado por las pruebas practicadas.

En conclusión, y como se establece en el fundamento de derecho quinto de la sentencia objeto del presente recurso, no se acredita que el actor-apelante sea el titular real de los inmuebles y participaciones cuya restitución pretende, ni que pese a la causa ilícita que en los negocios examinados se deriva, los fondos para realizar los mismos provinieran del patrimonio del actor-apelante, con la obligación de los codemandados-apelados de restituirlos.

En consecuencia, y por las razones dadas en el sexto fundamento de la presente resolución, no nos encontramos en un supuesto en que por excepción de lo establecido en el artículo 1306.2º Código Civil EDL 1889/1 , deba de aplicarse el artículo 1303 Código Civil EDL 1889/1 , es decir, que como se solicita en la demanda se deba de transmitir a D. Francisco la totalidad de las participaciones de la entidad Príncipe de Vergara 217, S.L, así como la rendición de cuentas de todas las operaciones realizadas por la citada sociedad desde su constitución, que, en definitiva, es lo solicitado en los apartados c), d) y f) del suplico de la demanda, por lo que también, respecto de tales pedimentos, se ha de confirmar la sentencia objeto del presente recurso.

DÉCIMO TERCERO: En cuanto a la ilicitud de la prueba, alegada por los apelados, y la misma se refiere a los documentos aportados con la demanda, que se enumeran en el fundamento de derecho sexto de la contestación (folio 81 del Tomo VII), salvo aquellos que los demandados hacen suyos y aportan mediante copia con el citado escrito de alegaciones, a los que se refieren en el hecho décimo tercero (folios 79 y 80 del tomo VII).

En cuanto a la "prueba ilícita" se ha de establecer que el derecho a la prueba se encuentra delimitado, entre otros aspectos, por las reglas que para su proposición se establecen con carácter general -para cualquier prueba- o con carácter específico -para cada medio probatorio- en la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Como recuerda, con reiteración, el Tribunal Constitucional, estamos en presencia de un derecho de configuración legal, motivo por el cual el legislador puede regular su ejercicio como estime más oportuno. En este sentido, podemos citar, entre otras SSTC 88/2004, de 10 de mayo, (FJ 4.º); y 121/2004, de 12 de julio, (FJ 2.º). Prueba ilícita será aquella en cuyo origen u obtención se ha vulnerado un derecho fundamental. Esta noción se deriva, por un lado, del artículo 11.1 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , que establece: "...No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Este precepto introdujo por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula, de manera expresa, la proscripción de la prueba ilícita, como consecuencia de la doctrina que, respecto de este particular había establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre . Y, de otro, el artículo 287 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece: "Ilicitud de la prueba.- 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

Este es el criterio que mantiene el Tribunal Constitucional, así en STC 64/1986, de 24 de mayo, al advertir que "la tacha que puede oponerse a las pruebas según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión..", y de igual modo, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 29 marzo 2007, recurso 1070/2000 "La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta".

Sin embargo, no pueden desconocerse las incertidumbres que suscita el artículo 283.3 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 al disponer "Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley". En apariencia, de este precepto podría extraerse la conclusión de que se ha ampliado el alcance de la prueba ilícita, y que se entiende comprendida en esta noción cualquier medio de prueba obtenido o practicado con vulneración de cualquier precepto legal. Frente a quienes interpretan que la ley procesal se sirve de un concepto amplio de prueba ilícita, como toda actividad prohibida por la ley, incluso ordinaria, el artículo 283 se circunscribe a establecer un criterio de admisión de medios de prueba, como se sigue de la propia rúbrica, relativa a la "impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria". El Juez sólo puede admitir aquellos medios de prueba que sean pertinentes y útiles, de acuerdo con los conceptos que de estas cualidades proporcionan los apartados 1 y 2 del artículo 283 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, y además, que no esté prohibida por la ley (artículo 283 apartado 3 LEC EDL 2000/77463).

En consecuencia, sólo están prohibidos aquellos medios obtenidos con vulneración de un derecho fundamental. En definitiva, el artículo 283 circunscribe su alcance y eficacia a enunciar el principio de legalidad procesal en materia probatoria; es decir, el deber del Juez de observar y hacer observar el procedimiento probatorio legalmente previsto.

Desde esta perspectiva, la Sentencia Audiencia Provincial Madrid Sección 10ª 13 de mayo 2008, recurso 236/2008 reseña "el artículo 283.3 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 no establece un concepto amplio de prueba ilícita, equiparándola a la violación de cualquier norma legal, sino que sólo se limita a establecer una pauta de conducta destinada al juzgador en orden a evitar que puedan infringirse las normas de procedimiento, permitiendo la admisión de pruebas en contra de lo previsto en la LEC EDL 2000/77463 1/12000. Si el proceso se concibe -como parece abonado- como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, que se halla disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, fácilmente se concluye que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En esta línea, la doctrina procesalista subraya que «el proceso discurre desde su nacimiento hasta su terminación por cauces previamente fijados» por lo que cuando «se desvía de los moldes jurídicos marcados por el procedimiento y se desliza al margen de los mismos, los actos procesales son ineficaces». A criterio de esta Sección, es ésta la noción de prueba ilícita acorde a nuestro marco constitucional. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba".

Por lo tanto, si los derechos fundamentales constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas obtenidas con (o mediante) su vulneración deben ser rechazadas. De este modo, los medios de prueba obtenidos con vulneración de una norma que no tiene dicho rango constitucional, y que en sentido amplio podrían considerarse "ilegales", pueden ser admitidos y valorados en función de la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (artículo 24.2 CE EDL 1978/3879). Cuando en la adquisición del material probatorio no se infrinja ningún derecho fundamental, el medio de que se trate podrá ser, en principio, libremente valorado por el juzgador al realizar la fundamentación fáctica de la sentencia, sin perjuicio de que la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que haya podido incurrir la persona que realice la irregularidad de que se trate. El acto será, desde algún punto de vista, irregular, pero en absoluto ineficaz. El carácter de fundamental que la Constitución confiere al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba supuesta, pretendida o constatación irregular. En este sentido, ya se pronunciaba la STC 114/1984 de 29 de noviembre (FJ 4): «..Estas últimas (las garantías -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera (la necesaria procuración de la verdad en el proceso) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento». Y de igual modo, el ATS de 18 de junio de 1992, al establecer «Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad (de valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales), hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba "prohibida" (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales». De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1993 .

Presupuesto lo anterior, nos hemos de referir al tratamiento procesal, y al respecto, a diferencia de lo que acontece con las pruebas prohibidas por vulneración de una norma de procedimiento (artículo 283.3 LEC EDL 2000/77463), respecto de las "pruebas ilícitas" no se contempla la falta de admisión inicial. Del tenor del artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se desprende inequívocamente que la cuestión ha de ser suscitada necesariamente a instancia de parte, al disponer el citado precepto "Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales...". Y lo corrobora, de un lado, que el régimen de impugnación previsto para los casos de no admisión de una prueba, esto es, la reposición y posterior protesta -en el procedimiento ordinario- (artículo 285.2 LEC EDL 2000/77463) o sólo la protesta -en el procedimiento verbal

(artículo 446 LEC EDL 2000/77463), imposibilita -de iure y de facto- la audiencia bilateral, la contradicción efectiva y la posibilidad de practicar algún medio de prueba orientado a acreditar dicha ilicitud, instrumentos elementales para constatar la vulneración de un derecho fundamental. De otro lado, no parece razonable que la Ley haya concebido conferir un doble mecanismo de protección judicial -uno más restringido y otro más amplio- frente a una prueba ilícita en función del momento - inicial o sobrevenido- en que ésta sea advertida. Además la imposibilidad de inadmisión "ab initio" de las pruebas ilícitamente obtenidas deriva, al menos, de las tres circunstancias siguientes: a) en primer término, que esta circunstancia puede no ser conocida por el órgano jurisdiccional al tiempo de su introducción en el proceso; b) con independencia del conocimiento que de este extremo pueda tener el órgano jurisdiccional, la Ley no siempre habilita un específico trámite de inadmisión de ciertos medios de prueba (así respecto de los documentos acompañados a los actos alegatorios iniciales del proceso); y c) el artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 disciplina el momento y el modo en que se ha alegar esta circunstancia, así como determina el procedimiento que ha de observarse para determinar si el medio concernido se encuentra o no incurso en la prohibición establecida en el artículo 11.1 LOPJ EDL 1985/8754 . Y si el Juez, sin instancia de parte albergase alguna incertidumbre acerca de si alguna prueba puede tener o no esta calidad, debe promover de oficio la cuestión oportuna, formal y tempestivamente.

A su vez, no puede ignorarse que, como sostiene la mejor doctrina, de la dicción del propio artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se sigue que la aptitud subjetiva para cuestionar la pretendida "ilicitud" de un medio de prueba se circunscribe a quien viéndose afectado por la pretendida obtención ilegítima del medio de prueba de que se trate sea "parte" en el proceso. Así, no tienen ni pueden tener intervención en el incidente terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. Estos últimos podrán impetrar del órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos instando el planteamiento "ex officio" de la cuestión de la ilicitud.

Sin perjuicio de que deba efectuarse la correspondiente alegación "de inmediato", esto es, en cuanto sea conocida (mediante su aportación o proposición) la prueba de que se trate, el examen de la cuestión se difiere de conformidad al artículo 287 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , necesariamente, "...al comienzo de la vista, antes de que de comienzo la práctica de la prueba..". Luego de oír a las partes y, en su caso, de la práctica de las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto "sobre el concreto extremo de la referida ilicitud", se establece que el artículo "...se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista...". La resolución habrá de revestir las solemnidades de "auto" es decir, de una resolución obligatoriamente motivada (artículo 208.2 LEC EDL 2000/77463) a pronunciar oralmente y consignándose en el acta el sentido de la decisión y sucintamente su fundamentación (artículo 210 LEC EDL 2000/77463).

Frente a la decisión que recaiga acerca de la ilicitud planteada sólo cabrá recurso de reposición (artículo 287.2 LEC EDL 2000/77463), norma ésta que únicamente es de aplicación en el seno de los procedimientos ordinarios, no de los verbales. En estos últimos, no obstante la remisión genérica en materia de prueba a las disposiciones comunes (artículo 445 LEC EDL 2000/77463), se establece un régimen particular en virtud del cual "... las partes podrán formular protesta..." (artículo 446 LEC EDL 2000/77463). En el primer caso, frente a la resolución que recaiga en el recurso de reposición no cabe interponer ningún recurso. Únicamente cabe reproducir la cuestión en el recurso de apelación que eventualmente se pueda interponer frente a la sentencia definitiva.

En el supuesto que se examina en el presente recurso, la juzgadora de instancia no declaró ilegales las pruebas denunciadas como ilícitas, por cuanto tal y como consta en el soporte audiovisual del juicio, se acordó que en sentencia se decidiría. De conformidad a los preceptos citados hubiera sido precisa la tramitación (en el acto del juicio) del incidente legalmente previsto y, tras la decisión explícita por la Juzgadora, hubiera debido formularse, en su caso, el oportuno recurso de reposición y, eventualmente, tras la oposición de la parte contraria, la decisión acerca del mismo seguida, y acaso la conveniente protesta a los efectos de esta segunda instancia. Al haberse diferido la decisión a la sentencia, aun siendo práctica viciosa e irregular, la firmeza de la decisión adoptada impidió su conveniente reposición; pero al menos en la resolución definitiva debió efectuarse algún pronunciamiento al respecto, por cuanto en el fundamento de derecho segundo "in fine" se limita a señalar "esta afirmación hace innecesario el examen y valoración sobre la ilicitud de la obtención del documento 13 de los aportados con la demanda, así como el resto de la documental que pretende avalar la tesis de D. Francisco, por ser al respecto las pretensiones del actor íntegramente desestimadas"

Con todo, la parte afectada (demandadas) omitió el preceptivo trámite previo de interesar ante el Juzgado "a quo" la integración o complemento de la sentencia a través de la vía otorgada por el artículo 215 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Circunstancia ésta que es predicable de cualesquiera omisiones de la sentencia, de modo que sin acudir a dicha vía mal puede denunciarse por vez primera en la oposición al recurso de apelación la infracción procesal de que se trata. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 459 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello". Esta norma pone de relieve que el trámite de integración o complemento de los artículos 214 y 215 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 constituyen el inmediato trámite a través del cual interesar sin riesgo para la integridad objetiva del proceso la omisión advertida, que puede y debe ser empleado con anterioridad al recurso de apelación para obtener la subsanación de la falta.

En todo caso, conviene precisar que para el caso del presente recurso, no obstante la ilicitud de la prueba denunciada por los demandados, la falta de pronunciamiento tanto en el acto del juicio como en la sentencia, no es objeto del recurso de apelación, por cuanto la alegación de la misma se insta en el escrito de oposición al recurso de apelación, y pese a ello, aunque, en la tesis más favorable para los apelados, deba entenderse reproducida en esta alzada la cuestión atinente a la pretendida ilicitud de parte de las pruebas documentales presentadas junto con el escrito de demanda, esta Sala no advierte que la Juzgadora de instancia haya establecido conclusión fáctica alguna en medios que se obtuvieran de modo ilícito, es más el documento 13 de la demanda, al que se refiere la Juzgadora en

el fundamento de derecho segundo, la parte demandada lo hizo suyo al aportarlo como documento 46 de la contestación. La juzgadora concluye en la inexistencia de fiducia, o en su caso, estar amparada la misma en causa ilícita, sin tenerse en cuenta en la fundamentación jurídica documentos que, aunque presentados con la demanda, no los hubieran hecho suyos los demandados. Ni, desde luego, los toma en consideración esta Sala para la resolución del recurso interpuesto.

Y si como señala el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 29 marzo 2007, recuso 1070/2000 "La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos, como aquí ocurrió, la fuente de prueba no debe ser asumida en el proceso, por lo tanto no ha de ser tenida en cuenta" y, por lo tanto, si ni en la sentencia de primera instancia, ni para la resolución del presente recurso, se han tenido en cuenta documentos presentados en la demanda que los demandados no hicieran suyos en la contestación, la alegación de ilicitud de la prueba, respecto de determinados documentos de la demanda, no afecta ni a la sentencia apelada, ni al presente recurso, máxime cuando la ilicitud de la prueba no se plantea en el recurso de apelación, sino como motivo de oposición, y no de impugnación de la sentencia a los efectos del artículo 461.1 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

DÉCIMO CUARTO: En consecuencia, de conformidad a lo establecido en los anteriores fundamentos procede desestimar el recurso de apelación, en su integridad, confirmando la sentencia apelada en cuanto absuelve a los demandados de los pedimentos del suplico de la demanda, por lo que a los efectos del artículo 398.1 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , con relación al artículo 394.1 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , conforme al criterio de vencimiento que los citados preceptos establecen, procede imponer las costas de esta alzada al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que debemos DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Francisco, representado por el Procurador D. ANTONIO MARTÍNEZ DE LA CASA RODRÍGUEZ, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 Madrid, de fecha 7 de marzo de 2007, debemos CONFIRMAR la citada resolución en todos sus extremos, y con expresa condena al apelante en las costas de la presente alzada.

Al notificarse la resolución procédase conforme a lo establecido en el artículo 248.4 LOPJ EDL 1985/8754 .

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

Notifíquese la presente resolución a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con copia certificada de la misma.

Publicación.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Número CENDOJ: 28079370202009100316