

## Resumen

*Declara el TS no haber lugar al recurso de casación planteado por la parte demandada contra la sentencia de la AP estimatoria del recurso de apelación contra la de primera instancia que había desestimado la demanda de nulidad de donación y transmisión de dominio de inmueble. Indica la Sala que la donación del inmueble objeto del litigio era nula por haberse realizado verbalmente sin el requisito de escritura pública, por lo que no hay título de adquisición del dominio y los recurrentes carecen de base legítima en que fundamentar su derecho, además el bien tenía carácter ganancial y la disposición sólo por el marido determina la invalidez de dicho acto de disposición a título gratuito sin que obste a tal carácter ganancial la separación de hecho alegada por la inexistencia demostrada de la misma.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.3 , art.7 , art.629 , art.630 , art.633 , art.1214 , art.1275 , art.1277 , art.1347

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	6

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DONACIÓN  
INMUEBLES: ESCRITURA PÚBLICA  
GANANCIALES  
CONDICIÓN DE LOS BIENES  
Gananciales

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.3, art.7, art.629, art.630, art.633, art.1214, art.1275, art.1277, art.1347 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 14/1975 de 2 mayo 1975. Reforma de los Códigos Civil y de Comercio  
Cita art.139 de D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario  
Cita art.65, art.609.2, art.618, art.659, art.1095.2, art.1257.1, art.1274, art.1322.2, art.1343, art.1361, art.1378, art.1401.2, art.1407, art.1409, art.1413, art.1415.2, art.1445, art.1450, art.1462.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita art.1692.4, art.1715.3 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

### Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre COMPRAVENTA - CAUSA Y SIMULACIÓN - Donaciones encubiertas por SAP Barcelona de 19 julio 2002 (J2002/100524)  
Citada en el mismo sentido sobre COMPRAVENTA - RESCISIÓN, NULIDAD, ANULABILIDAD, COMPRAVENTA - CAUSA Y SIMULACIÓN - En general por SAP Las Palmas de 22 octubre 2004 (J2004/178660)  
Citada en el mismo sentido sobre DONACIÓN - INMUEBLES: ESCRITURA PÚBLICA, DONACIÓN - OTRAS CUESTIONES por SAP Las Palmas de 8 octubre 2004 (J2004/178694)  
Citada en el mismo sentido sobre DONACIÓN - REMUNERATORIA por SAP Huelva de 17 junio 2004 (J2004/240225)  
Citada en el mismo sentido sobre DONACIÓN - INMUEBLES: ESCRITURA PÚBLICA por SAP Palencia de 31 diciembre 2004 (J2004/260973)  
Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 30 noviembre 2004 (J2004/263885)  
Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 27 diciembre 2004 (J2004/282349)  
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 7 febrero 2005 (J2005/328332)  
Citada en el mismo sentido sobre DONACIÓN - INMUEBLES: ESCRITURA PÚBLICA por SAP Barcelona de 17 enero 2006 (J2006/13090)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 9 febrero 2006 (J2006/35700)  
Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 29 diciembre 2006 (J2006/390933)  
Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 17 noviembre 2006 (J2006/467176)  
Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 23 marzo 2007 (J2007/124449)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 26 junio 2007 (J2007/165828)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 10 octubre 2007 (J2007/188938)  
Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 26 julio 2007 (J2007/198574)  
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 17 mayo 2007 (J2007/223654)  
Citada en el mismo sentido sobre CONTRATO - FIDUCIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO por STS Sala 1ª de 29 noviembre 2007 (J2007/233268)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 22 noviembre 2007 (J2007/296685)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 11 diciembre 2007 (J2007/309441)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 16 febrero 2007 (J2007/36979)  
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 9 marzo 2007 (J2007/55267)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 21 febrero 2008 (J2008/37113)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 22 septiembre 2009 (J2009/261997)  
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 23 marzo 2009 (J2009/88382)  
Citada en el mismo sentido por STSJ Baleares de 1 febrero 2010 (J2010/26415)  
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 junio 2010 (J2010/275596)  
Citada en el mismo sentido por SAP Burgos de 1 marzo 2010 (J2010/79552)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 13 julio 2011 (J2011/146904)  
Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 7 noviembre 2011 (J2011/270354)  
Cita STS Sala 1ª de 11 octubre 1999 (J1999/32569)  
Cita STS Sala 1ª de 19 junio 1999 (J1999/16802)  
Cita STS Sala 1ª de 24 abril 1999 (J1999/7209)  
Cita STS Sala 1ª de 14 marzo 1998 (J1998/1133)  
Cita STS Sala 1ª de 27 enero 1998 (J1998/16)  
Cita STS Sala 1ª de 2 diciembre 1997 (J1997/9364)  
Cita STS Sala 1ª de 5 noviembre 1996 (J1996/7793)  
Cita STS Sala 1ª de 23 diciembre 1995 (J1995/6786)  
Cita STS Sala 1ª de 24 octubre 1995 (J1995/5670)  
Cita STS Sala 1ª de 13 julio 1995 (J1995/3843)  
Cita STS Sala 1ª de 3 marzo 1995 (J1995/778)  
Cita STS Sala 1ª de 27 julio 1994 (J1994/11658)  
Cita STS Sala 1ª de 28 junio 1994 (J1994/11264)  
Cita STS Sala 1ª de 10 noviembre 1994 (J1994/8873)  
Cita STSJ Asturias Sala de lo Social de 27 mayo 1994 (J1994/4857)  
Cita STS Sala 1ª de 25 octubre 1993 (J1993/9498)  
Cita STS Sala 1ª de 15 julio 1993 (J1993/7138)  
Cita STS Sala 1ª de 7 mayo 1993 (J1993/4310)  
Cita STS Sala 1ª de 23 diciembre 1992 (J1992/12804)  
Cita STS Sala 1ª de 27 septiembre 1989 (J1989/8408)  
Cita STS Sala 1ª de 17 junio 1988 (J1988/5243)  
Cita STS Sala 1ª de 26 noviembre 1987 (J1987/8711)  
Cita STS Sala 1ª de 13 junio 1986 (J1986/4068)

### Bibliografía

Citada en "La simulación contractual: causas y consecuencias. Respuesta de los Tribunales"

### Definiciones

nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Quince de dicha ciudad; cuyo recurso fue interpuesto por D. José Luis, D. Miguel Angel y D. Javier Enrique, representados por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal; siendo parte recurrida Dª Trinidad, representada por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón. Autos en los que también han sido parte la entidad "Inmobiliaria G., S.A." -posteriormente "Compañía A., S.A."- y D. Enrique, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª Rosario Carbonell Talaverón, en nombre y representación de Dª Trinidad, interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Quince de Sevilla, siendo partes demandadas, su esposo D.

Enrique, contra D. José Luis, D. Miguel Angel, D. Javier Enrique y contra la entidad "Inmobiliaria G., S.A." alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare:

A) La nulidad de la donación efectuada por el esposo de mi mandante D. ENRIQUE, en favor de D<sup>a</sup> Rocío, respecto del piso sito actualmente en la Avda. C núm.... de Sevilla.

B) Asimismo la nulidad de la transmisión del dominio sobre la referida vivienda operada por la entidad "Inmobiliaria G., S.A." en favor de D<sup>a</sup> Rocío.

C) Que la vivienda antes referida, al haber sido adquirida obrante la Sociedad legal de Gananciales entre quien me apodera y el demandado D. Enrique, y además con bienes de naturaleza ganancial, forma parte de la misma a todos los efectos.

D) Respecto a la actual situación registral del piso objeto de estas actuaciones, y que actualmente figura inscrito a favor de D<sup>a</sup> Rocío, instar su inscripción en favor de la sociedad de gananciales integrada por mi mandante y su esposo D. Enrique, a cuyo efecto se libraré el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad. Condenando a todos los demandados a estar y pasar por las referidas declaraciones, con cuantas consecuencias legales de las mismas deriven. Por otro sí, solicitaba la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, según el art. 139 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13 ".

2.- El Procurador D. Juan Pedro Díaz Valor en representación de D. Enrique, presentó escrito de fecha 5 de Enero de 1992 allanándose a la demanda.

3.- El Procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara Izquierdo en representación de D. José Luis, D. Javier Enrique y D. Miguel Angel, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que desestime la demanda interpuesta contra mis poderdantes absolviéndolos de la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandante".

4.- El Procurador D. Miguel Onorato Gordillo en nombre y representación de la entidad "Inmobiliaria G., S.A.", contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "declarando no haber lugar a las peticiones actoras de supuestas nulidades insertas bajo los apartados A) y B) del suplico de la demanda; así como las atribuciones de gananciales que se exponen en el apartado C), en suma, absolviendo a mi parte de todas las pretensiones afectantes a la Entidad que represento, con apreciación de la caducidad de esas nulidades aducidas, en el supuesto de que fueran aquellas estimadas, con cuanto además proceda con arreglo a Ley y Justicia que corresponda y expresa imposición de costas a la parte actora.

5.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Magistrado-Juez de Primera Instancia número Quince de Sevilla dictó sentencia con fecha veinte de Mayo de mil novecientos noventa y cuatro, cuya parte dispositiva es como sigue:"FALLO: Que, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Trinidad, contra D. Enrique, D. José Luis, D. Miguel Angel, D. Javier Enrique e "Inmobiliaria G., S.A.", a D<sup>a</sup> María del Rocío, sobre el piso sito en Avda. C, núm...., de Sevilla, que debo desestimar que dicha finca forma parte de la sociedad ganancial entre D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad, junto con los demás pedimentos inherentes. No se hace expresa imposición de costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de D<sup>a</sup> Trinidad Lara Carrión, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y cinco, cuya parte dispositiva es como sigue:"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Trinidad revocamos la sentencia de instancia y estimando la demanda interpuesta por ella contra D. Enrique, D. José Luis, D. Miguel Angel, D. Javier Enrique e "Inmobiliaria G., S.A." revocamos la sentencia de instancia y declaramos:

Primero: La nulidad de la donación efectuada por D. Enrique a D<sup>a</sup> Rocío respecto del piso sito en la Avda. Ciudad Jardín núm. 85-6º-B de Sevilla.

Segundo: La nulidad de la transmisión del dominio sobre la referida vivienda operada por "Inmobiliaria G., S.A." en favor de D<sup>a</sup> Rocío.

Tercero: Que la referida vivienda forma parte de la sociedad de gananciales formada por D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad.

Cuarto: Procede librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de instar la inscripción en favor de la sociedad legal de gananciales.

Condenamos a los demandados a las costas de la primera instancia y no hacemos pronunciamiento expreso sobre las de la alzada".

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. José Luis, D. Miguel Angel, D. Javier Enrique, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 1995, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO.

Primero.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto de los arts. 1.347 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 por aplicación indebida, y de los arts. 3 y 7 de dicho cuerpo legal EDL 1889/1 por inaplicación indebida, y de los arts. 3 y 7 de dicho cuerpo legal EDL 1889/1 por inaplicación, así como infracción por inaplicación de la jurisprudencia que los interpreta y que se cita, motivo que se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 1.692 de la L.E.C. EDL 1881/1

Segundo.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto de los arts. 1.347 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 por inaplicación, y 1.275 de dicho cuerpo legal EDL 1889/1 por aplicación indebida, e infracción de la jurisprudencia que se cita, motivo que se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 1.692 de la L.E.C. EDL 1881/1

2.- Admitido el recurso, el Procurador D. Jacinto Gómez Simón en representación de D<sup>a</sup> Trinidad, presentó escrito de impugnación al recurso de casación, alegando los motivos que estimó pertinentes y terminaba con el suplico de que en su día la Sala dictó sentencia desestimando el recurso formulado y confirmando íntegramente la sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas al recurrente.

3.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2000, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESUS CORBAL FERNANDEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo procede sentar los antecedentes fácticos que se van a exponer, en cuya relación se mantiene incólume la apreciación de la resolución recurrida, con la única incorporación de aquellos datos que respondan a la necesidad de subsanar omisiones o equivocaciones de índole material ("lapsus calami") o complementar aspectos no sustanciales ("integración del factum"), sin afectar en ningún caso al ámbito de la "questio facti" tal y como se fijó por el órgano jurisdiccional de la instancia. La demanda que dio lugar al pleito (juicio de menor cuantía núm. 927 de 1992 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 15 de Sevilla) se entabló por D<sup>a</sup> Trinidad contra D. Enrique; D. José Luis, D. Miguel Angel, y D. Javier Enrique; e "Inmobiliaria G., S.A.", posteriormente (por absorción)"Compañía A., S.A." y en la misma se solicitó la nulidad de la donación efectuada por D. Enrique en favor de D<sup>a</sup> Rocío, respecto del piso sito en Sevilla, en la Avenida denominada actualmente C, núm...., así como la nulidad de la transmisión del dominio sobre la referida vivienda operada por la entidad "Inmobiliaria G., S.A." en favor de D<sup>a</sup> María del Rocío. También se pide que se declare que la vivienda referida forma parte de la sociedad de gananciales existente entre la actora y el demandado D. Enrique, al haber sido adquirida durante la vigencia de dicho régimen matrimonial, y que se proceda a acordar la rectificación registral correspondiente. Por el Juzgado se dictó Sentencia el 20 de mayo de 1994 en la que se rechaza la demanda, desestimando que la finca litigiosa forme parte de la sociedad de gananciales de D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad, así como los demás pedimentos inherentes. Formulado recurso de apelación por la actora D<sup>a</sup> Trinidad, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la Capital citada dictó (en el Rollo 2642/94) Sentencia el 13 de marzo de 1995 en la que estima el recurso, revoca la Sentencia del Juzgado, y acoge los pedimentos de la demanda. Los hechos que integran la "causa petendi" se remontan al 12 de diciembre de 1968 en que D. Enrique, casado con D<sup>a</sup> Trinidad bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales, compra a "Inmobiliaria G., S.A." la vivienda litigiosa. El 16 de junio de 1971 el comprador cede sus derechos a la "Compañía mercantil P., S.A.", en garantía de la deuda contraída con esta entidad como consecuencia del aval prestado para la compra, y el 2 de mayo de 1978 se produjo la retrocesión de derechos, al haber satisfecho D. Enrique la suma adeudada. El 4 de mayo D. Enrique remite una comunicación a "Inmobiliaria G., S.A." en la que le notifica haber cedido los derechos sobre el piso a D<sup>a</sup> María del Rocío, mayor de edad, de estado viuda, inquilina del piso, a la vez que les informaba que "para los efectos de la escritura, el D.N.I. de dicha Sra. es el 27.919.733"; y, en virtud de ello, el 21 de junio de 1978 se otorgó escritura pública de compraventa entre "Inmobiliaria G., S.A.", como vendedora, y D<sup>a</sup> María del Rocío, en concepto de compradora. D. Enrique se había casado el 5 de septiembre de 1948 con D<sup>a</sup> Trinidad, de cuyo matrimonio tuvieron tres hijos, aunque a partir de un tiempo no concretado debidamente, a consecuencia del deterioro de las relaciones, los cónyuges dejaron de tener vida íntima, si bien el marido siguió pernoctando en el domicilio matrimonial, manteniendo la apariencia por los hijos y por razones de índole social, y continuó con la gestión de los asuntos de la familia, contribuyendo a su sostenimiento. D<sup>a</sup> María del Rocío, estuvo casada con D. José Luis, el cual murió el 27 de agosto de 1973. Los dos matrimonios expresados se conocían, e incluso tuvieron relación de amistad, y fallecido el Sr. F.M., D. Enrique, en tiempo no precisado, pero próximo, y sin abandonar el domicilio conyugal, comenzó a desarrollar una relación íntima y de práctica convivencia con D<sup>a</sup> María del Rocío, hasta el fallecimiento de ésta el 10 de junio de 1992, sin que importen a los fines del pleito las restantes vicisitudes ocurridas en relación con el piso controvertido. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial D. Enrique adquirió el dominio de la finca y se la donó posteriormente a D<sup>a</sup> María del Rocío, infringiendo la prohibición de disponer a título gratuito de los bienes gananciales sin consentimiento del otro cónyuge, sin que importe la existencia de la escritura pública de venta entre "Inmobiliaria G., S.A." y D<sup>a</sup> María del Rocío, que tiene mero carácter formal. Contra dicha Sentencia se interpuso por D. José Luis, D. Miguel Angel y D. Javier Enrique recurso de casación, articulado en dos motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, que procede examinar en primer lugar por razones de orden lógico-procesal, se denuncia, al amparo del número cuarto del art. 1692 LEC EDL 1881/1, infracción de los arts. 629, 630, 633, 1214 y 1277 del Código Civil EDL 1889/1 por inaplicación, y 1275 del mismo Cuerpo Legal EDL 1889/1 por aplicación indebida, y de la jurisprudencia que cita.

El motivo se rechaza.

Por un lado incurre en el defecto casacional de recoger en el enunciado varios preceptos de contenido heterogéneo que impiden dar una respuesta unitaria coherente, aparte de mezclar temas relativos a la prueba con otros de fondo. Los arts. 629, 630 y 633, párrafos segundo y tercero EDL 1889/1, se refieren a la aceptación de las donaciones; el 633, p. primero EDL 1889/1, a la forma (necesidad de escritura pública cuando se trata de donaciones de inmuebles); el art. 1214 EDL 1889/1 recoge la regla general en materia de carga de la prueba; y en los arts. 1275 y 1277 EDL 1889/1 se regulan los contratos sin causa, o con causa ilícita, entendiendo por ésta la que se opone a las leyes o a la moral, disponiendo que no producen efecto alguno, aunque se presume la existencia y licitud mientras no se prueba lo contrario. Como es de ver se denuncia infracción de preceptos, o grupos de preceptos, absolutamente desconectados entre si, que, ni siquiera contemplando el contenido del desarrollo del motivo, es posible estructurar en submotivos en orden a una respuesta casacional.

Por otro lado, examinado minuciosamente el contenido del motivo y su finalidad, se advierte que lo que se plantea es fundamentalmente una cuestión de índole probatoria, aunque sin una base legal en que sustentar el discurso, con lo que se adopta una actitud de mera contradicción dialéctica con la Sentencia recurrida, sin soporte probatorio y sustantivo, en orden a tratar de negar que haya

habida donación y sí en cambio admitir la posibilidad de ser verdadera la venta entre "Inmobiliaria G., S.A." y D<sup>a</sup> María del Rocío. Con independencia de lo que se dirá en el siguiente motivo en relación con la donación, es de señalar: que no cabe contradecir las apreciaciones fácticas, o jurídicas, de la Sentencia que se recurre en casación con meras afirmaciones apodícticas, u opiniones contrarias, sino que es preciso invocar la fundamentación pertinente; ninguno de los preceptos aludidos permite una valoración de la prueba documental, o de la corrección de la interpretación contractual; no cabe barajar hipótesis distintas de las sostenidas por la resolución recurrida, cuando no se contradice la posibilidad de éstas por contrarias a la ley, arbitrarias o ilógicas, y menos todavía si se reconocen como alternativas factibles de la que se predica; y, además de que no cabe tratar de desvirtuar una apreciación conjunta probatoria con argumentos parciales, no resulta contrario al sistema que rige el "onus probandi" declarar que la prueba del pago del precio de una compraventa incumbe a quién lo afirma en el proceso, y ello tanto más si el afirmante es el interesado por sucesión particular o universal (arts. 1257, p. primero EDL 1889/1 , y 659 CC EDL 1889/1 ) de la persona a quién se le atribuye tal pago, sin que sea de recibo partir de una supuesta dificultad (dada la condición de hijos y el tiempo transcurrido), para tratar de desplazar sobre la contraparte los efectos desfavorables de la falta de prueba, dado que esta parte niega haberse producido, por lo que una exigencia de tal índole en relación con el hecho negativo le coloca en una situación de absoluta indefensión por tratarse de una prueba prácticamente imposible ("probatio diabólica").

Por todo ello el motivo no debe ser estimado.

TERCERO.- En el motivo primero se denuncia, al amparo del número cuarto del art. 1692 de la LEC EDL 1881/1 , la infracción de los arts. 1347 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1 por aplicación indebida, y de los arts. 3 y 7 de dicho Cuerpo Legal EDL 1889/1 por inaplicación.

El motivo debe seguir la misma suerte negativa del anterior.

En primer lugar se incurre en dos defectos de técnica casacional. Por un lado se hace referencia a preceptos "concordantes" del que se cita, lo que no es admisible en casación, por lo que el examen de la denuncia casacional ha de limitarse solamente al identificado de modo concreto (art. 1347 CC EDL 1889/1 ). Por otra parte se mencionan dos artículos (el 3 y el 7 EDL 1889/1) que tiene dos apartados cada uno, sin especificar cuales de ellos son los que sirven de base al recurso. Sin embargo, la cita de la doctrina jurisprudencial representada por las Sentencias de 13 de junio de 1986 EDJ 1986/4068 , 17 de junio de 1988 EDJ 1988/5243 y 23 de diciembre de 1992 EDJ 1992/12804 parece intuir que se hace referencia al elemento hermenéutico sociológico y a la teoría del abuso del derecho, respectivamente recogidos en el art. 3.1 y 7.2 EDL 1889/1, aunque en el párrafo final del desarrollo del motivo, al considerar la pretensión actora "contraria a la buena fe, amén de situarse en una clara falta de equidad", se viene a hacer referencia también a los otros apartados de los preceptos referidos.

En segundo lugar, el planteamiento de la parte recurrente resulta inconsistente en cuanto al fondo. Para resolver la cuestión planteada ha de partirse ineludiblemente de la base fáctica sentada en la Sentencia de instancia, con arreglo a la que D. Enrique adquirió el dominio del piso litigioso, porque se dieron los presupuestos que determinan tal adquisición, a saber: el título (compraventa) y el modo (tradición material), de conformidad con lo establecido en los arts. 609, párrafo segundo EDL 1889/1 , 1095, inciso segundo, 1445, 1450 y 1462, párrafo primero, del Código Civil EDL 1889/1. El que se hubiere pagado o no totalmente el precio por D. Enrique no es decisivo, aunque también resulta incólume en esta casación que el precio fue abonado íntegramente por el comprador. Asimismo resulta irrelevante si tal adquisición dominical tuvo lugar antes de la cesión de derechos a la entidad "P., S.A." (que se produjo el 16 de junio de 1971), o con posterioridad, con ocasión de la retrocesión (2 de mayo de 1978), tanto más si tiene en cuenta que aquella cesión fue meramente fiduciaria, al haber sido efectuada no como dación en pago, sino en garantía de la deuda derivada del afianzamiento del pago del precio aplazado.

El razonamiento anterior permite sentar una primera conclusión. Cuando se produce la "cesión de derechos" de D. Enrique en favor de D<sup>a</sup> María del Rocío, que se fija cronológicamente en el 4 de mayo de 1978, fecha en la que el primero se dirige a "Inmobiliaria G., S.A." a fin de comunicárselo, para que se otorgue la escritura pública haciendo constar a D<sup>a</sup> María del Rocío como compradora, el Sr. Machuca era el único dueño, y por lo tanto "Inmobiliaria G., S.A." no podía transmitir dominio alguno ("nemo dat quod non habet"; "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere"). "Inmobiliaria G., S.A." se limita a cumplir la instrucción del dueño (salvando el "tractu"), y con tal actuación lo único que hace es dar la apariencia formal de titularidad dominical a D<sup>a</sup> María del Rocío. Pero este no es el título legítimo, el cual solo podía provenir de un negocio jurídico idóneo al efecto transmisivo en el que aparezca como "tradens" D. Enrique. La Sentencia de instancia entiende que ese título es la donación efectuada por el dueño a D<sup>a</sup> María del Rocío. Es decir, D<sup>a</sup> María del Rocío no adquirió de "Inmobiliaria G., S.A." porque esta entidad nada podía transmitir, ni tampoco compró a D. Enrique, sino que éste, a través de la cesión de derechos, lo que le hizo fue una transmisión por acto a título gratuito, causalizado por la liberalidad del bienhechor, es decir, una donación (arts. 609, p. segundo, 618 y 1274 CC EDL 1889/1).

Ocurre, sin embargo, que nos hallamos ante una donación (verbal) de un inmueble que no se hizo como exige el art. 533, párrafo primero, del Código Civil EDL 1889/1 en escritura pública, y este requisito tiene la consideración de presupuesto de forma esencial, insoslayable, (carácter constitutivo o "ad solemnitatem"), de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o mejor incluso, inexistencia, del título, como entiende reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son ejemplo las Sentencias de 27 septiembre 1989 EDJ 1989/8408 ; 7 mayo EDJ 1993/4310 y 25 octubre 1993 EDJ 1993/9498 ; 27 julio EDJ 1994/11658 y 10 noviembre 1994 EDJ 1994/8873 ; 3 marzo EDJ 1995/778 , 24 octubre EDJ 1995/5670 y 23 diciembre 1995 EDJ 1995/6786 ; 5 noviembre 1996 EDJ 1996/7793 y 19 junio 1999 EDJ 1999/16802 , entre otras, por lo que no despliega virtualidad transmisiva alguna de los bienes a que se refiere. No cabe argumentar con base en la escritura pública de 21 de junio de 1978, porque su otorgante "Inmobiliaria G., S.A." no es representante del Sr. Machuca, y además siempre faltaría la aceptación de la donataria (art. 633, p. segundo EDL 1889/1 ; Sentencia 23 diciembre 1995 EDJ 1995/6786 ), lo que incluso se reconoce en el motivo segundo del recurso. Por consiguiente no hay título, porque se utilizó para viabilizar la transmisión del dominio una operación jurídica inválida, y, como consecuencia, los recurrentes, a los que es aplicable la dinámica jurídica por aplicación del principio de la relatividad, carecen de base legítima en que fundamentar su pretendido derecho. Esta es la solución correcta del caso, que, si bien no se ajusta totalmente a la argumentación de la resolución

recurrida, no produce ningún efecto casacional con trascendencia al fallo, al ser aplicable la doctrina conocida de la "equivalencia de resultados" o del "fallo justificado". Por otra parte es evidente la legitimación "ad causam" de la actora D<sup>a</sup> Trinidad, cuyo interés jurídico se encuentra justificado por referirse la "donación" a un bien ganancial por haber sido adquirido por su marido constante matrimonio sujeto al régimen de la sociedad legal de gananciales (arts. 1401, núm. 2, y 1407 del Código Civil EDL 1889/1 vigente en el momento de los hechos, y que se corresponden sustancialmente con las normas de los actuales arts. 1347 EDL 1889/1 y 1361 EDL 1889/1 ), de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (ad ex. Ss. 17 abril 1990; 15 julio 1993 EDJ 1993/7138 ; 28 junio EDJ 1994/11264 y 19 octubre 1994 EDJ 1994/4857 ; 13 julio 1995 EDJ 1995/3843 ; y 14 octubre 1997).

La disposición del bien solamente por el marido, sin la intervención (codisposición) de la esposa, o sin su consentimiento, determina la invalidez del acto de disposición a título gratuito de bien ganancial, sin que importe aquí concretar si la nulidad tiene carácter radical (como ocurre claramente en la actualidad, dado los arts. 1322, p. segundo EDL 1889/1 , y 1378 CC EDL 1889/1 ), o relativa (anulabilidad), en la normativa del régimen vigente cuando se efectuó (arts. 65 EDL 1889/1 , redacción de Ley 14/1975, de 2 de mayo EDL 1975/1123 ; 1413 EDL 1889/1 , redacción de Ley 24 de abril de 1958; 1415, p. segundo EDL 1889/1 , "a contrario sensu", e incluso 1343 EDL 1889/1 y 1409 EDL 1889/1 , en orden a complementar la interpretación normativa), porque el tema, como sucede también con el colateral, para su caso, (de entenderse nulidad relativa), del cómputo de la extinción de la acción, no se suscitó en casación. Por todo ello es evidente la nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales.

El argumento fundamental del motivo se centra en la negación de la consideración de ganancial del piso litigioso, con soporte en la situación del matrimonio de D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad, y aplicación de la doctrina jurisprudencial que menciona, con arreglo a la que la separación de hecho excluye el fundamento legal de la sociedad de gananciales. Se aduce como base fáctica: que ejercita la acción "una persona que lleva separada de hecho de su marido más de treinta años, quién convive sentimentalmente con otra persona, y con el que mantiene unas pésimas relaciones, ceñidas únicamente a lo "comercial"; que "D. Enrique mantenía una separación prolongada y constante en el tiempo (más de treinta años), periodo durante el cual no ha existido comunidad de vida marital entre ambos"; que "se trata de una situación asumida y admitida por ambos"; y que "no puede la actora pretender incorporar a su sociedad de gananciales un bien que ha sido pagado con dinero no generado en la comunidad de vida matrimonial". Y se argumenta que se trata de una conducta abusiva y contraria a la buena fe, amén de situarse en una clara falta de equidad respecto a la madre de los recurrentes con la que D. Enrique convivía extramaritalmente.

Es cierto que según doctrina de esta Sala la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, de tal modo que no tienen este carácter los bienes adquiridos individualmente después de la cesación de la convivencia, pero la misma no es aplicable al caso de autos. Con independencia de que no consta claramente en que momento se produjo la interrupción de la convivencia íntima de los esposos D. Enrique y D<sup>a</sup> Trinidad, en cualquier caso, no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge, y mantener unas relaciones extramatrimoniales con otra persona, para aplicar la doctrina expuesta. El marido no dejó el domicilio conyugal (cualesquiera que fueran las razones para no hacerlo), siguió pernoctando en el mismo, continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por la mujer e hijos, y contribuyendo con sus ingresos al sostenimiento. Esta situación no tiene encaje en las hipótesis contempladas por la doctrina de esta Sala. La Sentencia de 13 de junio de 1986 EDJ 1986/4068 se refiere a un supuesto de abandono con ruptura de la convivencia material; la de 26 de noviembre de 1987 EDJ 1987/8711 a cesación de la vida en común quedando la mujer en una casa de su propiedad y saliendo de ella el marido; en la de 17 de junio de 1988 EDJ 1988/5243 , pasaron a vivir separados; en la de 23 de diciembre de 1992 EDJ 1992/12804 los cónyuges se separaron, viviendo con independencia, habiendo incluso formado el marido una unión estable extramatrimonial de la que hubo dos hijos; la de 27 de enero de 1998 EDJ 1998/16 , trata de un caso de ruptura de la convivencia conyugal con consentimiento de la mujer, y al referirse al presupuesto del cese efectivo de la convivencia dice: "siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) sería, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial, y siempre que los bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados por su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia"; en la de 14 de marzo de 1998 EDJ 1998/1133 , al poco tiempo de contraer matrimonio, los cónyuges se separaron libremente, yéndose a vivir cada uno a casa de sus padres; en la de 24 de abril de 1999 EDJ 1999/7209 , hubo separación de hecho con total cesación de la vida en común; y en la de 11 de octubre del mismo año EDJ 1999/32569 , se produjo abandono del domicilio conyugal.

En el caso de autos, como se dijo, no se da la separación de hecho, o cesación de la vida en común, por lo que no es aplicable la doctrina acogida en dichas Sentencias, expresiva de que "la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, porque entendiéndolo de otro modo se contrariaría la buena fe, incurriendo además en abuso de derecho, que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.1 del Código Civil EDL 1889/1 )". La doctrina es tanto más inaplicable al caso, si se tiene en cuenta que solo rige para los bienes adquiridos con posterioridad a la ruptura, pero no perdiendo tal carácter los que lo tenían con anterioridad (vgr. Sentencia 2 diciembre 1997 EDJ 1997/9364 ).

CUARTO.- La desestimación de los motivos del recurso conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el recurso, de conformidad con lo establecido en el art. 1715, apartado tres, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1 .

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

## FALLO

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José Luis, D. Miguel Angel y D. Javier Enrique contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla el 13 de marzo de 1995, y condenamos a la parte apelante al pago de las costas causadas en el recurso de casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Alfonso Villagómez Rodil.- Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández. Rubricados.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.