



Roj: **SAP M 8191/2009 - ECLI: ES:APM:2009:8191**

Id Cendoj: **28079370182009100238**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **25/06/2009**

Nº de Recurso: **828/2008**

Nº de Resolución: **346/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO POZUELO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

MADRID

SENTENCIA: 00346/2009

Rollo: RECURSO DE APELACION 828 /2008

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 224 /2007

Órgano Procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 de ARANJUEZ

PONENTE: ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

APELANTE: Loreto

PROCURADOR: EVERILDA CAMARGO SANCHEZ

APELADO: Ambrosio , Eleuterio

PROCURADOR: ANTONIO PIÑA RAMIREZ, SIN PROFESIONAL ASIGNADO

En MADRID, a veinticinco de junio de dos mil nueve.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMA. SRA. D^a. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reintegración a masa hereditaria de saldos bancarios y cantidades indebidamente dispuestas, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Aranjuez, seguidos entre partes, de una, como apelante demandada Loreto representada por la Procuradora Sra. Camargo Sánchez y de otra, como apelado demandante D. Ambrosio representado por el Procurador Sr. Piña Ramírez, y como apelado demandado incomparecido D. Eleuterio , seguidos por el trámite de Juicio Ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO POZUELO PÉREZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Aranjuez, en fecha 5 de junio de 2008, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debe estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta Ambrosio , representado por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Montserrat Doménech



Sánchez, contra Loreto y Eleuterio , representados por la procuradora de los Tribunales, Dña. María ángeles Burgos López, y en consecuencia debo declarar que los saldos existentes en las cuentas nº NUM000 y NUM001 y fondo de inversión nº NUM002 , abiertos en la sucursal de Cala de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, sucursal de Aranjuez nº 2280, forman parte de la herencia de Doña Josefina , con reintegración a la herencia además de la cantidades de las que dispuso en su día el Sr. Eleuterio sin que esté acreditada su necesidad, cuyo importe asciende a 60148,42 euros; todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Por la parte demandada D^a Loreto se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000 , se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 18 de junio de 2009.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia estimatoria de la demanda interpuesta se formula por la parte demandada el presente recurso de apelación. En autos y por la parte actora se instó demanda en cuyo suplico se solicitaba que determinados saldos existentes en las cuentas y fondo de inversión que se relacionan en el suplico de la demanda son propiedad del demandante como parte integrante de la herencia de su fallecida hermana Doña Josefina , de la que el mismo es heredero fideicomisario una vez fallecido el primer heredero fiduciario instituido Don Alfredo , procediendo el réintegro de los mismos al caudal hereditario de la herencia de la referida Doña Josefina . La sentencia estimó la petición contenida en la demanda y contra la misma se formula el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Como primer motivo de apelación se hacen una serie de alegaciones que pareciese que pretendía sostener una posible nulidad de actuaciones. Sin embargo lo cierto y verdad es que no se solicita la nulidad de actuaciones y tan solo se formulan alegaciones, referidas a una supuesta privación del trámite de conclusiones para justificar el hacer ahora dicha conclusión y el exponer en este acto del recurso los alegatos que no se pudieron exponer en su día pero sin hacer petición de nulidad alguna a pesar de citar el art. 21 de la Constitución, se supone que se refiere al 24 , derecho a la tutela judicial efectiva, y lo cierto es que habiendo realizado las alegaciones que a su derecho convine en el recurso que es un recurso ordinario y que permite al Tribunal conocer de los hechos y de las alegaciones jurídicas vertidas por las partes no hay indefensión alguna por lo que simplemente deben tenerse por hechas las manifestaciones.

TERCERO.- Que entrando propiamente en lo que constituye el recurso interpuesto, el primer motivo de oposición al mismo aduce que la sentencia de instancia incurre en incongruencia extrapetita. El motivo así esgrimido debe ser desestimado. En efecto como tiene establecido el T. C. en una consolidada doctrina "Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o ex silentio y, de otra, la incongruencia por exceso o extra petitum. Esta última, que es la modalidad que ahora interesa, se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente



ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, F. 2; 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 9; 172/2001, de 19 de julio, F. 2; 130/2004, de 19 de julio, F. 3)".

La parte apelante hace descansar el denunciado vicio de incongruencia en el hecho de haberse otorgado por el Juzgador la propiedad de determinados saldos existentes en cuentas corrientes o libretas aperturadas por el fallecido Sr. Alfredo y en la que constaba como titular la demanda y apelante Doña Loreto. El argumento con referencia a los vicios de incongruencia denunciados no puede ser estimado y ello porque el Juez lo único que ha hecho ha sido resolver conforme al suplico de la demanda que peticionaba que los referidos saldos existentes en las libretas y fondo de inversión que se decía en el suplico formaban parte de la herencia de Doña Josefina, y tras el fallecimiento del heredero fiduciario Sr. Eleuterio los referidos saldos habían de ser adjudicados al demandante y eso es precisamente lo que ha hecho la sentencia de instancia por lo que en ningún caso se puede motejar a la misma de incongruente cuando se ha limitado a dar justamente lo pedido en la demanda, otra cosa, claro esta, es que la parte esté de acuerdo o no con dicha adjudicación pero eso no entra a formar parte del vicio de incongruencia sino que en su caso permitirá hacer las alegaciones correspondientes en cuanto al fondo de la litis y a la procedencia o no de hacer el reintegro que se pide y se hace, pero ello no tiene ninguna relación con la congruencia y sí con el fondo del litigio que es propiamente lo que se impugna bajo esta alegación.

CUARTO.- Que por lo que hace propiamente al fondo de la litis la apelante en el propio motivo en donde se argumenta, sin éxito acerca de la incongruencia, lo que hace en realidad es impugnar el fondo del asunto y la solución que la sentencia ha dado a la petición de la parte. Se dice en dicho motivo que la sentencia ha hecho una artificiosa declaración de propiedad de los saldos por la vía de ir rastreando los mismos a través de las disposiciones hechas y llega a conclusión ilógica en cuanto la propiedad de al menos la mitad de los saldos no tenía nada que ver con el fideicomiso, y que debía atenerse a la escritura de adjudicación de herencia del fiduciario, teniendo el demandante un solo derecho de crédito, pero no de propiedad sobre los saldos existentes en las cuentas del fiduciario y de la demandada. El motivo por demás confuso debe ser desestimado. En efecto es un hecho cierto que por medio de la disposición testamentaria de la fideicomitente se instituyó un fideicomiso de residuo en la modalidad de "si aliquid supererit, teniendo el fideicomisario el derecho al resto que quede de la herencia. En este sentido el tenor de la cláusula testamentaria es claro y rotundo como lo son también las facultades del fiduciario en orden a la disposición de los bienes que forman el fideicomiso, solo por actos inter vivos, onerosos y en caso de necesidad, la referida cláusula establece que "instituye como heredero fiduciario ad Don Alfredo Este heredero tendrá el carácter de fiduciario, pudiendo no obstante disponer de los bienes por actos inter vivos y título oneroso solamente en caso de necesidad.". La reciente STS de 7 de Noviembre de 2008 establece cuales sean los criterios interpretativos el fideicomiso de residuo "El fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias - aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario- al permitir el artículo 783 del Código Civil que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa». Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución -generalmente a la muerte del fiduciario- pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de fideicomiso si aliquid supererit, pues en tales casos lo poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente. Lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición "mortis causa" (sentencias de 13 noviembre 1948, 21 noviembre 1956 y 2 diciembre 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer "inter vivos" de forma gratuita (sentencia de 22 julio 1994), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda. Es por tanto la voluntad del testador -verdadera Ley de la sucesión- la que ha de determinar los derechos de unos y otros herederos, lo que conduce en realidad al problema de la interpretación del propio testamento.

Las sentencias de esta Sala de 15 diciembre 2005 y 29 septiembre 2006, junto con la más reciente de 29 abril 2008, a propósito de la interpretación de los testamentos, declaran: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003, entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en



casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 enero 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005 , entre muchas otras); y c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002 , entre otras).

Pues bien es evidente que de acuerdo con la interpretación de la cláusula testamentaria, por demás clara, es obvio que las facultades del fiduciario se referían tan solo a la disposición de bienes en caso de necesidad. Sin embargo y sin entrar ahora en la polémica de en que situación rige el principio de subrogación real en caso de no estar expresado claramente, lo cierto es que lo acontecido no es propiamente un supuesto de disposición de bienes por actos inter vivos para caso de necesidad, sino que lo que hace el fiduciario es la incorporación de los bienes que conforman el fideicomiso a su patrimonio personal, y así , se impone distinguir entre aquellos actos dispositivos que llevasen consigo, por su propia naturaleza, una salida definitiva e incondicional de bienes del patrimonio hereditario, de aquellos otros en que no obstante concurrir esa circunstancia, ello sólo fuese en apariencia, al volver a entrar los bienes en la esfera dispositiva del heredero por vía del cambio, sustitución o conversión de unos bienes por otros, de tal manera que los «nuevos bienes» pasaban a integrar el patrimonio personal del la heredero fiduciario con notorio perjuicio del heredero fideicomisario y con la consecuente desviación, en la práctica, de la voluntad de la testadora. En el presente caso y por lo que hace al numerario existente en las libretas a las que se hace mención no es que el fiduciario disponga del saldo de las misma en caso de necesidad es que lo que hizo fue cancelarlas como asimismo el fondo de inversión y el saldo existente, que formaba parte de la herencia de la fideicomitente pasó a incorporarse a cuentas o libretas de titularidad propia del fiduciario y en algún caso de titularidad compartida con su hija y demandada, produciéndose no una disposición de bienes sino un vaciamiento de buena parte del patrimonio que formaba parte del fideicomiso e incrementando sustancialmente el propio, sin que en dicho caso se haya producido una real transmisión de bienes, sino una simple transferencia de fondos a cuentas propias del fiduciario o de titularidad compartida, y naturalmente ello lleva a la conclusión de poder disponer de esa sinuosa forma de los bienes de fideicomiso incluso por actos mortis causa. Desde luego dicha forma de actuar excede con mucho de las limitadas facultades de disposición que la testadora había dispuesto, solo en caso de necesidad, y faculta al fideicomisario para solicitar la inclusión de las cantidades así distraídas e integrarlas en el haber hereditario de la fideicomitente. En fin y por agotar las respuestas a los alegatos cobijados en el motivo, no es cierto que el fideicomisario tenga un puro derecho de crédito sobre los saldos que se prueba pertenecían a la fideicomitente, el fideicomisario es un heredero y hereda precisamente a la testadora y en los bienes que todavía restan del fideicomiso y no al fiduciario por lo que no tiene derecho de crédito alguno sino derecho a los bienes del fideicomiso aun en cuanto sea un derecho en situación de pendencia que solo se hace efectivo a la muerte del fiduciario y si quedan bienes en el fideicomiso, y en fin el mero hecho de que los saldos estén a nombre de una tercera persona en titularidad conjunta con el fiduciario no implica copropiedad del numerario existente en la libreta o cuenta de ahorros, pues está más que consolidada la doctrina del Tribunal Supremo acerca de las cuentas indistintas, doctrina que conoce y no cuestiona la apelante, según la cual la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos titulares indistintos de la cuenta, ya que esto había venido determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta STS de 29 May. 2000 RJA 2000/3912, STS de 7 Jun. 1999, 8 Feb. 1991, 29 Sep. 1997 , y 5 Jul. 1999. Pues bien a acreditado como está, y así lo reconoce la sentencia que las cuentas que formaban parte de la herencia de Doña Josefina , fueron canceladas y sus importe íntegros traspasados a cuentas de la titularidad de Don Alfredo , y el fondo de inversión liquidado y traspasado su importe a un nuevo fondo de inversión a nombre del fiduciario y su importe posteriormente traspasado a una cuenta de titularidad conjunta del fiduciario con su hija, es evidente la procedencia de decretar el reintegro de dichos saldos al patrimonio y haber hereditario de la testadora con la salvedad a la que luego se hará mención, pues los fondos de dicha cuenta se han nutrido del fideicomiso y no se trata de ninguna enajenación sino que el fiduciario ha traspasado los saldos y vendidos los fondos y su importe traspasado a cuentas de su propiedad y luego conjunta con su hija, con claro detrimento de los derechos del fideicomisario, es clara la necesidad de incluirlos en el haber de la herencia de Doña Josefina y por lo tanto son de la propiedad del fideicomisario, por provenir los fondos de la testadora y no haber sido dispuesta en la forma determinada por la misma.

Ahora bien, si bien es cierto que el mero hecho de que la codemandada fuera cotitular de la cuenta no determina la copropiedad de la totalidad del saldo sino que ha de atenderse a la procedencia de los fondos, también está acreditado, y por lo que hace al saldo de una de las cuentas corrientes, de titularidad conjunta, que si bien buena parte de los fondos de la misma se habían nutrido de la venta de los fondos de inversión de la titularidad de la testadora y que formaban parte del fideicomiso, que fueron vendidos por el heredero fiduciario



y su importe íntegro ingresado en una cuenta de titularidad conjunta del fiduciario con su hija, a la hora de determinar la titularidad el saldo no es menos cierto que según consta en las actuaciones la cuenta de referencia 3800035875, de titularidad conjunta del fiduciario y su hija demandada fue aperturada en el mes de Septiembre de 2003 por los titulares y se apertura con un ingreso por importe de 39.327,05 euros, saldo íntegro de la cuenta 3800023165, aperturada el 8 de Junio de 1993 y cuyo único titular era el Sr. Eleuterio . En dicha cuenta se había ingresado la cantidad de 30.722,73 euros importe del fondo de inversión de titularidad del Sr. Eleuterio fondo de inversión que se había nutrido en su totalidad del fondo de inversión NUM003 de titularidad única de la testadora, siendo así que en dicha cuenta había un saldo anterior por importe de 9347 euros cuyo origen no trae causa de la venta del fondo de inversión sino que eran fondos de la titularidad del Sr. Eleuterio y por lo tanto dicha cantidad aun cuando pasaran a la nueva cuenta junto con el importe de los 30.722,73, producto de la liquidación del fondo de inversión propiedad de la testadora, para dar el importe de 39.327,05 que sirven para aperturar la cuenta nº 3800035875 seguían siendo fondos de la titularidad del Sr Eleuterio y no se acredita que fueran de la propiedad de la testadora, y como quiera que el saldo actual de la libreta es de 40003,4 euros por lo que deducido el importe del fondo de inversión, éste sí propiedad de la testadora, lo que arroja un saldo de 9280,67 cuya propiedad no consta fuera de la instituyente del fideicomiso, lo que tiene sus efectos en el fallo de la resolución.

QUINTO.- Que por último se impugna la sentencia en lo relativo a la no apreciación de que determinados gastos se hicieron en virtud de la situación de necesidad que tenía el fiduciario y por lo tanto sean perfectamente legítimos según los términos del testamento. El motivo no puede prosperar y ello por cuanto dados los términos en los que está redactada la cláusula de sustitución fideicomisaria y dadas las facultades conferidas al fiduciario, el mismo solo podía disponer de los bienes que componían el fideicomiso en caso de necesidad y por lo tanto es la heredera del fiduciario y demandada la que ha de acreditar que efectivamente los gastos y disposiciones de efectivo de libreta y saldo que formaban parte del fideicomiso se han hecho en situación de necesidad. No se trata de ninguna prueba diabólica ni de acreditar la necesidad de un tercero, y ello por cuanto la demandada no es un tercero es la hija del fiduciario y dada la avanzada edad del mismo es razonable que la misma supiera el destino de los gastos. Por otra parte es un hecho que la demandada ha sido cotitular de alguna de las cuentas, por lo que no puede decirse que sea una extraña y desconozca cuales hayan podido ser los gastos en los que ha incurrido su padre, y es que además lo que establece la cláusula testamentaria es una facultad de disponer en caso de necesidad que es un concepto más restringido que el pago de los puros gastos de sostenimiento del inmueble, y por otro lado la del hecho de que el mismo hubiese contado con una asistencia domiciliaria no está acreditado.

SEXTO.- Que visto el contenido de la presente no es procedente hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.

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

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

III.- FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Camargo Sánchez, en nombre y representación de D^a Loreto , contra la sentencia dictada por el Magistrado Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Aranjuez de fecha 5 de junio de 2008 a que el presente rollo se contrae, debemos dar lugar al mismo, y, en consecuencia, con revocación parcial de la meritada resolución debemos declarar y declaramos que del saldo existente en la cuenta aperturada en Cajamadrid nº NUM001 sólo pertenece a la herencia de D^a Josefina la cantidad de 30.122,75 euros, siendo el resto del numerario hasta completar el saldo total de propiedad de los herederos del Sr. Eleuterio , manteniendo la declaración de propiedad del saldo de la cuenta NUM000 , procediendo en consecuencia la condena de la demandada a reintegrar a la herencia de D^a Josefina la suma de 7.468,1 euros más el interés legal de dicha suma, desde la fecha de la sentencia de 1^a instancia, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.