



Roj: **SAP M 16056/2011 - ECLI: ES:APM:2011:16056**

Id Cendoj: **28079370092011100549**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **07/12/2011**

Nº de Recurso: **422/2010**

Nº de Resolución: **611/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9**

**MADRID**

**SENTENCIA:** 00611/2011

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**DE MADRID**

**Sección Novena**

**SENTENCIA NÚMERO 611/11**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 422/2010**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS**

**D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO**

**D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO**

En Madrid, a siete de diciembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº. 882/2006 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº. 4 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo nº. **422/2010**, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante **DON Pablo** en su nombre y como apoderado general de su madre **DOÑA** Milagrosa , representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Victoria Brualla Gómez de la Torre; de otra, como demandado y hoy apelado **DON Severino** , representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. María Teresa Gamazo Trueba; y de otra, como demandados y hoy apelados **DON Jesús Ángel , D. Alejo , DOÑA Carla Y DOÑA Esmeralda** , representados por el Procurador Sr. D. Eduardo Carlos Muñoz Barona; sobre fideicomiso de residuo.

**SIENDO PONENTE EL ILMO. SR. MAGISTRADO SUPLENTE D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**Primero** .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº. 4 de Madrid, en fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **Fallo** : "Estimo la falta de legitimación activa de los demandantes alegada por D. Severino y, en consecuencia, desestimo la demanda presentada por D. Pablo y D<sup>a</sup>. Milagrosa contra D<sup>a</sup> Esmeralda , D<sup>a</sup> Carla , D. Jesús Ángel , D. Alejo y D. Severino , absolviendo a dichos demandados.- Condeno a los actores al pago de las costas de este proceso."



**Segundo** .- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a las contrapartes quienes se opusieron al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

**Tercero** .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día cinco de diciembre del año en curso.

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que hacemos nuestros y damos por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones, en tanto no se contradigan por los de la presente resolución.

**Primero** .- Se alza el presente recurso de apelación por la representación de los demandantes Don Pablo y Doña Milagrosa frente a la Sentencia dictada en primera instancia que desestimaba la demanda deducida a su instancia frente a Don Jesús Ángel , Don Alejo , Doña Carla y Doña Esmeralda , posteriormente ampliada al legatario Don Severino , por la que se venía a solicitar la declaración de nulidad de todos los actos, disposiciones e inscripciones en relación con la actuación de la heredera fiduciaria Doña Ariadna , esposa del testador, que entienden realizados en fraude al fideicomiso de residuo dispuesto en el testamento por cuanto se adjudicó en la liquidación de gananciales la totalidad de los inmuebles por su participación en la misma con un valor ficticiamente reducido y cuadró su adjudicación con otro lote integrado por los activos bancarios que se adjudica en condición de heredera del causante y del que dispone en su práctica totalidad conservando en cambio los bienes adjudicados por su participación en la sociedad de gananciales que pasan a sus herederos ahora codemandados, pretendiendo en definitiva que se reintegren a la herencia de Don Pio todos los bienes que, existentes a su fallecimiento, no fueron dispuestos por su esposa en vida o de haber transmitido esos bienes a terceros que se restituya su valor a la fecha del fallecimiento de Doña Ariadna más el interés legal del dinero.

La Sentencia dictada en primera instancia adoptó su decisión desestimatoria acogiendo la excepción de falta de legitimación activa invocada por el legatario Don Severino y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 781 del Código Civil , reputando que los demandantes no ostentarían la condición de fideicomisarios más allá del segundo grado porque se vulneraría el límite establecido por el precepto, y teniendo en cuenta que al fallecimiento de la fiduciaria no sobrevivía ninguno de los fideicomisarios llamados a la herencia con aplicación de lo dispuesto en el artículo 759 del referido texto legal .

Frente al referido pronunciamiento se invocan por la parte recurrente como motivos de impugnación:

- a) La existencia de error fáctico y jurídico en la Sentencia al concluir la falta de legitimación activa, sosteniendo para ello que el fideicomiso de residuo no puede catalogarse siempre como condicional y que el establecido en el caso no reviste dicho carácter, ostentando el actor la condición de heredero como hijo de su padre y como heredero de los hermanos del causante, y señalando que no puede predicarse que se vulnere lo establecido en el art. 781 a entenderse grado como llamamiento y no como generación.
- b) La falta de sustento jurídico y fáctico de las excepciones planteadas de adverso.
- c) Indebida imposición de costas.

Por los apelados se formularon las oposiciones al recurso en los términos que constan en los correspondientes escritos.

**Segundo** .- Los hechos sobre los que no existe discusión ponen de manifiesto que Don Pio , fallecido sin descendencia el 29 de febrero de 1976, había otorgado testamento el 4 de diciembre de 1950, en el que instituyó heredera universal a su esposa, Doña Ariadna , en concepto de fiduciaria de residuo, instituyéndola como heredera universal de todos sus bienes y derechos conforme a la cláusula tercera del testamento "con facultades de libre disposición por actos y contratos intervivos a título oneroso; pero aquellos bienes de esta herencia que conserve en su patrimonio al tiempo de su muerte, se distribuirán entre los hermanos del testador Don Pablo , Doña Aida , Doña Carlota y Don Demetrio , percibiendo cada uno de los tres últimos doble porción que el primero", disponiendo igualmente "Estos hermanos del testador y en su defecto los hijos que tuvieren, por estirpes, se entenderán instituidos herederos, directa e inmediatamente en la proporción dicha, en el caso de que la repetida Doña Ariadna fallezca antes que el otorgante". Por su parte en la cláusula sexta



se establece por el testador "que cuantos derechos reconoce a favor de sus hermanos se extiendan también a los hijos que dejaren, como sustitutos de aquéllos, para el caso de que alguno fallezca antes que el otorgante o su esposa, pero si el finado no dejare descendencia la porción vacante acrecerá a los demás en la misma proporción en que han sido instituidos". Ponen de relieve igualmente que los referidos hermanos del testador fallecieron con anterioridad a la viuda instituida heredera universal, cuyo deceso se produjo con fecha 30 de junio de 2004, falleciendo respectivamente Don Pablo el 19 de marzo de 1964, Doña Carlota el 1 de enero de 1982, Doña Aida el 17 de julio de 1985 y Don Demetrio el 12 de junio de 1998, habiendo fallecido igualmente el único hijo de Don Pablo, llamado Don Roman, padre y esposo de los demandantes, con fecha 21 de septiembre de 1989.

Partiendo de tales hechos conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante y reiterada al determinar el alcance e interpretación del artículo 675 del Código Civil, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas hermenéuticas, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (SS 6 abril 1992, y las que en ella se citan de 5 junio 1978; 8 febrero 1980; 4 enero 1981; 9 marzo 1984; 9 junio 1987; 28 abril 1989; 30 noviembre 1990; 18 julio 1991, etc.). No obstante lo anterior y sin apartarse de la doctrina que se acaba de exponer, y con estricta sujeción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a la aplicación del artículo 675 del Texto Sustantivo Civil, es necesario dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, "a no se que aparezca claramente que fue otra la voluntad de testador", y sólo para el caso de que surgiera la duda, "se observará lo que aparezca más conforme son la intención" pero siempre "según el tenor del mismo testamento". Sin que, por otra parte, sea lícito al intérprete extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (SS 5 marzo 1944, 6 febrero 1958, 19 noviembre 1964, 5 junio 1979 y 24 marzo 1982).

Por ello, debe determinarse el sentido y alcance que el testador, según la interpretación que debe hacerse de su testamento, atribuyó a la sustitución fideicomisaria de residuo que constituyó en su testamento. Así conviene recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de fechas 13 de marzo de 1989 entre otras en la que viene a analizar esta institución al indicar que: "...A juicio de la Sala se trata de un fideicomiso de residuo..... figura que aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarios comprendidas en el art. 781 CC, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores, por tal figura cabe entender aquella en que, en virtud del art. 783.2 "in fine", el testador fideicomitente dispensa, total o parcialmente, al heredero fiduciario el deber de conservar la herencia para que, en su momento la reciba íntegra el heredero fideicomisario, y dentro de la propiedad de modalidades que presenta la institución, las dos principales son:

1ª La que exige totalmente del deber de conservar la herencia entera, de manera que el fideicomisario solo tiene derecho a lo que queda o resta de ella, porque el fiduciario, paliando nacerlo, no dispuso de la totalidad de los bienes, fideicomiso de "si quid supererit".

2ª La que exige del deber de conservar sólo parte de la herencia, de manera que el fideicomisario tiene derecho a todo lo que queda de la parte disponible de la herencia, que puede no quedar nada al ser parte en la que no habría deber de conservar, y tiene derecho, además, a la parte íntegra de la herencia que debía conservarse, fideicomiso de "eo quod supererit".

Proyectando lo dicho a las cláusulas testamentarias del litigio y haciendo uso de las reglas interpretativas del art.675 del Código Civil: sentido literal de sus palabras y voluntad clara del testador, es evidente que el causante deseó vincular, en principio, a sus hermanos y sobrinos, los bienes que constituían la herencia, siendo también evidente que la vinculación no revestía las características de absoluta e incondicional, en tanto que facultaba a la esposa, auténtica heredera, la facultad de disponer por actos inter vivos a título oneroso de la totalidad



de los bienes sin restricción o limitación alguna por parte de los herederos fideicomisarios, con lo cual se le concedía la posibilidad de desvincular, por completo, los bienes de la herencia, a través de cualquier acto de disposición intervivos a título oneroso, con la única limitación de los actos a título lucrativo. El fideicomiso de residuo establecido adoptó, en consecuencia, la modalidad de en "si quid supererit" con amplias facultades de disposición por actos intervivos a título oneroso, debiendo pasar a los herederos fideicomisarios lo que quede, si queda algo, estando igualmente condicionado el fideicomiso a la supervivencia de los fideicomisarios, en los sucesivos llamamientos, a la heredera fiduciaria.

**Tercero** .- Sentado lo anterior resulta evidente que no puede compartirse el argumento de la parte recurrente en torno a que el fideicomiso no estuviera condicionado pues, siguiendo la reciente STS de 22 de junio de 2010 "No se puede obviar que se trata de una disposición fideicomisaria doblemente condicionada, pues por un lado lo estaba al hecho de que quedaren bienes a la muerte del heredero fiduciario ("si aliquid supererit") y, por otro, a que éste último falleciera sin descendencia masculina ("si sine liberis decesserit"), por lo que el fideicomisario era titular de un derecho sujeto a esa doble condición" y dado que nos encontramos frente a la clásica sustitución fideicomisaria "si sine liberis decesserit" en la que el fideicomitente D. Pio designó como sustitutos de la primera heredera instituida a título universal, su viuda Doña Ariadna , a sus hermanos y sucesivamente a los hijos de éstos en su sustitución por estirpes, tratándose de sustituciones que ( STS de 11 de junio de 1990 ) reúnen la naturaleza de condicional, ya que estaban sujetas al evento de que el primer instituido fallezca, suceso futuro e incierto del que habla el art. 1113 CC ; y aquí no ha tenido lugar el llamamiento a la herencia al fallecer la totalidad de los convocados en sustitución con anterioridad a la viuda instituida heredera universal por lo que resulta correcta la aplicación de lo dispuesto en el artículo 759 del Código Civil .

Por otra parte resulta igualmente acertada la aplicación de lo previsto en el art. 781 del Código Civil , en cuanto dispone "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador", en tanto que necesariamente se ha de entender que los demandantes no estarían legitimados para las acciones emprendidas por exceder del segundo grado en el llamamiento.

En interpretación del referido precepto la reciente STS de 22 de noviembre de 2010 indica "La problemática jurídica se ha planteado siempre en relación con la interpretación de la palabra "grado" y la jurisprudencia ha entendido que dicho artículo admite llamamientos sucesivos a personas vivas y dos más a personas que no vivan al tiempo de abrirse la sucesión ( STS 5 abril 1934 ). La importante sentencia de esta Sala de 23 junio 1940 interpretó el art. 781 CC en los siguientes términos: "Que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la «Instituta» -proemio del Título decimoquinto del Libro segundo, al decir que «puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere», no menos que el Digesto - proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28-, donde se lee: «los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el tercero»; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones «de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad»; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de «llamamiento», pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas. CONSIDERANDO.- Que dentro del Código Civil, el artículo 781 es el patrón de las ordenaciones a que se refieren los artículos 640 , 785 y 787 del mismo Cuerpo Legal ; y como el referir «grado» a «parentesco» lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio artículo 781, haciéndola casi ilusoria, lo cual es inadmisibles por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, armonizando unos con otros los artículos que hayan de aplicarse, en combinación con los demás de la misma materia en el extremo a decidir, con la cual norma y entendiendo que son grados de sustitución los del artículo 781 se hace posible la eficaz aplicación de todos estos preceptos legales."

Así la jurisprudencia ha interpretado la expresión "grado" en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial. Por tanto ha excluido la interpretación que mantienen los recurrentes."



Y de forma acorde con dicha interpretación ha de ser compartido el criterio de la juzgadora de primera instancia en el sentido de que los demandantes se encontrarían incardinados más allá del segundo grado a que constriñe el precepto, pues no se trata de referirlo a generación sino a efectivos llamamientos a la sustitución fideicomisaria, y en el presente caso ya se agota lo preceptuado, excluyendo lógicamente a la fiduciaria, con el llamamiento de primer grado a los hermanos del causante y, en sustitución de éstos, con el llamamiento de segundo grado a los posibles hijos de los primeramente llamados por estirpes.

Debe por tanto decaer el recurso sin necesidad de entrar a analizar la procedencia del resto de las excepciones invocadas por los demandados y sin que pueda compartirse el argumento en el que la parte recurrente sustenta su pretensión de ser eximido de la imposición de costas, en tanto que necesariamente debe considerarse que la mera aceptación de herencia por su parte, por más que se realice ante notario, se trata de un acto unilateral que en ningún caso podría alterar la preceptiva aplicación legal y determinar unos derechos hereditarios que no se ostentan.

**Cuarto** .- Al desestimarse el recurso de apelación formulado y de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se impondrán a los apelantes las costas causadas en esta alzada.

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

#### **FALLAMOS:**

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de Don Pablo y Doña Milagrosa, contra la Sentencia dictada con fecha 23 de diciembre de 2009 por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 9 de los de Madrid en el Juicio Ordinario núm. 882/06 y **CONFIRMAR** íntegramente la misma, imponiendo a los apelantes las costas de esta alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra la presente resolución cabe únicamente, en su caso, el recurso de casación contemplado en el art. 477.2.3º de la LEC tras la reforma operada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, a interponer en el término de VEINTE DÍAS siguientes a la notificación de la presente.

Así, por esta sentencia, definitivamente juzgado en esta instancia, 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. Doy fe.