



Roj: **STS 5796/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:5796**

Id Cendoj: **28079110012008100976**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2008**

Nº de Recurso: **976/2003**

Nº de Resolución: **1042/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil ocho.

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 Sección Decimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía nº 8/99, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Matías , doña Elisa y doña Leticia , y doña Amanda , doña Daniela , don Jesús María , don Ángel Jesús y don Benito y de don Humberto y doña Nieves , representados ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Granizo Palomeque y defendidos por la Letrada doña Rosario Carracedo Bullido; siendo parte recurrida don Ricardo , representado por el Procurador de los Tribunales don Vicente Ruigómez Muriedad y defendido por el Letrado don Antonio Cases Tello, y doña Carina y don Jesús Carlos , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Rico Cádenas y defendidos por el Letrado don Antonio Cases Tello. Autos en los que también han sido parte don Enrique y doña Sandra que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de don Matías , doña Elisa y doña Leticia , y doña Amanda , doña Daniela , don Jesús María , don Ángel Jesús y don Benito y de don Humberto y doña Nieves contra doña Carina , don Jesús Carlos , don Enrique , doña Sandra y don Ricardo .

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara "... Sentencia: 1.- Por la que se declare nulo e ineficaz el Cuaderno Particional otorgado al fallecimiento de Doña Estíbaliz , y la Escritura Pública por el que se protocoliza aquél, de fecha 26 de junio de 1994, otorgada ante el Notario Don José M^a Alvarez Vega, bajo el nº 3597 de su protocolo.- Y como consecuencia de la declaración de nulidad de dicho Cuaderno Particional y Escritura Pública, se condene a Doña Carina a reintegrar a los actores, herederos de Don Roberto , la suma de 690.102.- Pts y sus intereses legales desde la fecha en que por los actores se consignó en el Juzgado de 1^a Instancia nº 42 dicha suma.- 2.- Por la que se declare que la Letra del Tesoro por importe de 105.000.000.- Pts, suscrita en fecha 4 de abril de 1990, activo financiero vinculado a la c/c NUM000 del Banco Español de Crédito, vencida en fecha 4 de julio de 1990, así como los intereses de dicha Letra por importe de 5.000.000.- Pts, constituían un activo perteneciente a la sociedad de gananciales formada por Doña Estíbaliz y Don Roberto .- En consecuencia con lo anterior, se declare que el 50% del importe de dicha letra y sus intereses, esto es, la suma de 55.000.000 Pts pertenecía a la masa hereditaria de Don Roberto y, por tanto, a sus herederos, no obstante haber sido omitida la misma en el Cuaderno Particional otorgado al fallecimiento de éste.- Condenando a Doña Carina a reintegrar a los actores, herederos de D. Roberto , la cantidad de 55.000.000.- Pts, y los intereses legales de dicha cantidad, desde la fecha de fallecimiento de Doña Estíbaliz .- 3.- Que se declare que el 50% del precio obtenido por la venta de los locales sitios en la c/ Luis Mitjans de



Madrid (inmuebles inventariados en el Cuaderno Particional otorgado al fallecimiento de Don Roberto como fincas 5 a 7), esto es, la suma de 37.500.000.- Pts, pertenece, por aplicación del principio de subrogación real, a la masa hereditaria de don Roberto .- 4.- Que se declare que al fallecimiento de Doña Estíbaliz el total importe del metálico y de los productos financieros (Deuda Pública) que existían en la Caixa y en el Banco Español de Crédito ascendía, cuando menos a la suma de 274.803.576.- Pts, conforme al hecho duodécimo de esta demanda.- Que se declare que pertenece, cuando menos, a la masa hereditaria de Don Roberto el 50% de las cantidades reflejadas en el apartado anterior, esto es, la suma de 137.401.786 Pts.- Condenando a Doña Carina a entregar a los actores, herederos de don Roberto , la cantidad de 137.401.786 ptas y los intereses legales desde la fecha del fallecimiento de Doña Estíbaliz .- 5.- Que se declare nula e ineficaz la escritura de compraventa del inmueble piso NUM001 , letra NUM002 de la calle DIRECCION000 nº NUM003 de Madrid, otorgada entre Doña Carina y Doña Estíbaliz en fecha 29 de noviembre de 1993, ordenándose la cancelación en el Registro de la Propiedad del asiento originado por virtud de la compraventa declarada nula.- Y, en consecuencia, se declare que el 50% en proindiviso de dicha finca, pertenece a la masa hereditaria de Don Roberto , y por tanto a sus herederos.- Subsidiariamente, para el caso de que no sea acordada la declaración de nulidad de la Escritura Pública de compraventa de la c/ DIRECCION000 nº NUM003 , se declare que el 50% del precio aplazado de la compraventa, por su importe de 7.500.000.- Pts, pertenece a la masa hereditaria de Don Roberto y por tanto a sus herederos. Condenando en este caso a Doña Carina a entregar a los actores, herederos de Don Roberto , dicha suma, con sus intereses legales desde el día 29 de noviembre de 1998, fecha en que vencía el aplazamiento de pago fijado en la Escritura de Compraventa.- 6.- Que se declare que pertenece a la masa hereditaria de don Roberto , y por tanto a los herederos de este, el 50% en proindiviso de los inmuebles siguientes: Nº 7 URBANA sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM001 .- URBANA.- Dos: tienda izquierda de la calle sita en Madrid, calle de Alvarez Mendizábal número seis (antes Víctor Pradera número seis), situada en la planta baja, ocupa una superficie aproximada de setenta y ocho metros sesenta décimetros cuadrados, Inscrita en Registro de la Propiedad nº 4, tomo 1.423, libro 802, sección segunda, folio 29, finca 37.424.- Nº 8 URBANA. Bloque número NUM004 NUM005 vivienda letra NUM006 en planta NUM007 en término de Sotillo de la Adrada.- ANEJO.- Una dieciseisava parte indivisa del local emplazado en la planta baja del bloque, de quinientos diez metros cuadrados aproximadamente todo él. Tiene, además, una terraza de trece metros cuadrados. Inscrita al Registro de la Propiedad de Cebreros (Avila), Término de Sotillo de la Adrada, tomo 496, libro 29, folio 170, finca 2.682.- Nº 9 RUSTICA: finca nº NUM008 del plano general de parcelación y ordenación, sita al término municipal de Donjimeno (Avila). Al sitio de El Grillo, al término municipal de Donjimeno (Avila); linda al norte con sendero; al sur con la finca NUM009 de Don Carlos Manuel , al este con la finca nº NUM010 de D. Victor Manuel , al oeste con la nº NUM011 del Don Darío . Tiene una extensión superficial de tres hectáreas ochenta y cuatro áreas y setenta y una centiáreas; es indivisible conforme a la legislación de su origen Inscrita en el Registro de la Propiedad de Arévalo (Avila), al tomo NUM012 libro NUM013 , folio NUM014 , finca nº NUM015 .- Nº 10 RUSTICA: FINCA Nº NUM016 del plano general de concentración parcelaria y ordenación rural, sita al término municipal de Donjimeno (Avila). Al terreno dedicado a cereal de secano: al sitio del El Rayo, término municipal de Donjimeno; lindando al Norte con la finca NUM017 de D. Carlos José ; al Sur, con camino al norte con la nº NUM018 de D. Agustín ; al Oeste con la nº NUM019 de D. Gaspar . Tiene una extensión superficial de noventa y ocho áreas y setenta y cinco centiáreas. Inscrita al Registro de la Propiedad de Arévalo (Avila), tomo NUM012 , libro NUM013 , folio NUM020 , finca NUM021 .- Nº11 RUSTICA: FINCA nº NUM022 . Terreno dedicado a cereal de secano al sitio de La Yeguada, Ayuntamiento de Langa (Avila) que linda: Norte con Luis Miguel (finca concentrada en Canales); Sur con Felipe (finca concentrada en Canales), Este con Pablo (finca número NUM023) ; Oeste camino de Canales a Donjimeno. Tiene una extensión superficial de cuarenta y nueve áreas de las que diecinueve áreas corresponden al término de Langa y treinta y dos áreas al término de Canales. Es indivisible conforme a la legislación vigente, inscrita en el Registro de la Propiedad de Arévalo (Avila) al tomo NUM024 de Langa, libro NUM025 , folio NUM026 , finca nº NUM027 , inscripción NUM028 , y al tomo NUM029 de Canales, libro NUM030 , folio NUM031 , finca nº NUM032 .- 7.- Que se condene a Doña Carina a entregar a los actores, hermanos Enrique Daniela Sandra Jesús María Benito Ángel Jesús y Humberto Nieves , la posesión del 50% de las fincas rústicas descritas bajo los números 9 a 11 del punto 6 del Suplico de esta demanda. Condenándola a indemnizar a los mismos, por los daños y perjuicios causados, desde la fecha del fallecimiento de Doña Estíbaliz y hasta la entrega efectiva de la posesión, señalándose como criterio para la fijación de los daños y perjuicios, el 50% de la renta que en alquiler se obtuviese por parcelas de similares características en la zona donde cada una de ella está ubicada, cantidad que se determinará en Ejecución de Sentencia.- 8.- Que se condene a Doña Carina a entregar a los actores herederos de Don Roberto , la posesión del 50%: a) de la finca urbana sita en Sotillo de la Adrada, que aparece descrita como finca nº NUM033 en el punto 6 del Suplico de esta demanda.- b) y de la finca urbana sita en Madrid, c/ DIRECCION000 nº NUM003 , piso NUM001 .- Condenándola a indemnizar a los mismos, por los daños y perjuicios causados, desde la fecha del fallecimiento de Doña Estíbaliz y hasta la entrega efectiva de la posesión, señalándose como criterio para la fijación de los daños y perjuicios, el 50% de la renta que se obtuviese por inmuebles de similares características en la zona donde está ubicada cada uno



de los inmuebles, renta que se determinará en Ejecución de Sentencia.- 9.- Que se declare que conforme a la voluntad testamentaria de Don Roberto , su esposa Doña Estíbaliz no tenía facultades para disponer de los bienes recibidos por herencia de su esposo, por actos lucrativos ni mortin causa (sic).- Y, en consecuencia con lo anterior, se declare que las disposiciones gratuitas realizadas por Doña Estíbaliz a favor de sus sobrinos Don Cesar y Doña Carina mermaron o disminuyeron el patrimonio de Doña Estíbaliz y no el haber hereditario recibido de su esposo don Roberto .- 10.- Que se condene a Doña Carina a rendir cuentas: a) del destino y aplicación de las disposiciones efectuadas por su fallecido esposo de la c/ del Banco Español de Crédito de la que era titular Doña Estíbaliz y a que se refieren los documentos nº 132 a 143 de esta demanda.- b) A justificar la procedencia del ingreso por importe de 15.000.000.- Pts, efectuado el día 8 de noviembre de 1993, en su cuenta bancaria nº NUM034 de la Caixa y del título o causa de incorporación a su patrimonio de dicha suma.- c) A justificar la procedencia del ingreso por importe de 50.000.000.- Pts, efectuado el día 15 de diciembre de 1993, en su cuenta bancaria nº NUM034 de la Caixa y del título o causa de incorporación a su patrimonio de dicha suma.- d) A justificar la procedencia de los ingresos de sus c/c denominadas A), B) y C) en las pgs. 48 y 49 de esta demanda, abiertas en la entidad la Caixa, y de la procedencia de la suma de 30.000.000.- Pts depositadas en fecha 8 de octubre de 1993 en su c/c de la Caixa NUM035 , referida en la pg. 50 de la demanda.- 11.- Que se declare que el 50% de las cantidades recibidas a título gratuito por Doña Carina y su esposo, de Doña Estíbaliz han de ser adicionadas como bienes pertenecientes a la masa hereditaria de Don Roberto .- Condenando a Doña Carina a reintegrar y entregar a los actores el 50% de las cantidades recibidas por título gratuito de doña Estíbaliz con sus intereses desde la fecha de fallecimiento de ésta, cuantía de los reintegros que se determinarán en ejecución de Sentencia.- 12.- Que se condene a la demandada doña Carina a estar y pasar por las anteriores declaraciones, todo ello con expresa imposición de costas causadas.- 13.- Que se declare que Don Ricardo : a) no tiene derecho a ocupar y poseer, con carácter exclusivo, la finca sita en la calle Juan Álvarez Mendizábal nº 6, local izquierdo, en Madrid, descrita como finca nº 7 en el punto 6 del Suplico de esta demanda, al pertenecer el 50% en proindiviso a los herederos de Don Roberto .- b) que se le condene a entregar a los actores el 50% de la posesión de la finca o, subsidiariamente, y hasta que se produzca la disolución de la comunidad de bienes, se le condene a abonar a los herederos de Don Roberto , en contraprestación por su uso exclusivo del local, una cantidad equivalente al 50% de la renta que por locales de similares características se obtuviere en Madrid, que se fijará en Ejecución de Sentencia.- c) que se le condene a indemnizar a los actores, herederos de Don Roberto por los daños y perjuicios causados, desde la fecha del fallecimiento de Doña Estíbaliz y hasta la entrega efectiva del 50% de la posesión de la finca (o hasta el momento en que se empiece a devengar la cantidad a que, subsidiariamente, se refiere el epígrafe anterior), señalándose como criterio para la fijación de los daños y perjuicios el 50% de la renta que se obtuviese por locales de similares características y zona en Madrid, que se fijarán en Ejecución de Sentencia.- d) que se condene al mismo a estar y pasar por la anterior declaración, todo ello con expresa imposición de costas.- 14.- Que se condene a Don Jesús Carlos y a Doña Sandra y Don Enrique , a practicar, en trámites de ejecución de sentencia, las operaciones de partición, avalúo y adjudicación de los bienes procedentes de la herencia de Don Roberto ."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Enrique y de doña Sandra , se allanó a la misma "... en los pedimentos contra mis representados contenidos en el punto 14 del Suplico de la Demanda."

La representación procesal de don Ricardo contestó asimismo la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... se dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones deducidas de adverso, con imposición de costas a la parte demandante."

La representación procesal de don Jesús Carlos contestó la demanda oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte en su día Sentencia desestimando íntegramente la pretensión deducida contra Don Jesús Carlos con expresa condena en costas a la parte demandante.."

La representación procesal de doña Carina contestó la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, suplicando al Juzgado dicte "... en su día sentencia, desestimando íntegramente la demanda y absolviendo de la misma a mi representada con imposición a los demandantes de las costas causadas"; al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "... dicte Sentencia por la que estimando la demanda reconvenccional se condene: 1º.- A DON Matías , DOÑA Leticia Y DOÑA Elisa , DOÑA Amanda , DOÑA Daniela , DON Jesús María , DON Ángel Jesús Y DON Benito , Y A DON Humberto Y DOÑA Nieves a pagar a la actora la cantidad de CIENTO TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTAS CUARENTA Y SIETE PESETAS (138.347 Ptas.) Por los gastos correspondientes a la vivienda sita en Sotillo de La Adrada (Avila), Conjunto Residencial DIRECCION002 , Bloque NUM004 , NUM005 letra NUM006 en planta NUM007 y por los conceptos que se han detallado en el cuerpo de esta demanda, con más sus intereses legales desde



la fecha de la interpelación judicial y que serán determinados en ejecución de sentencia.- 2º.- Se declare la obligación de dichos demandados a contribuir según sus respectivas cuotas de propiedad a los gastos de Comunidad y mantenimiento de la citada finca.- 3º.- A DON Humberto y a Dª Nieves reintegrar a Dª Carina la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTAS QUINCE PESETAS (133.815 Ptas.) que por la misma fueron satisfechas en la Notaría por gastos de la misma e impuestos según consta, con más los intereses correspondientes desde la fecha del requerimiento de pago hecha al legatario D. Carlos Manuel por el Albacea Contador partidor, es decir desde el 24 de Octubre de 1994, como indemnización de daños y perjuicios que serán fijados en ejecución de sentencia."

Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado se dicte en su día "... Sentencia estimando la demanda deducida por esta representación."

3.- Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 13 de junio de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Granizo Palomeque en nombre y representación de D. Matías , Dª Elisa , Dª Leticia , Dª Amanda , Dª Daniela , D. Jesús María , D. Ángel Jesús , D. Benito , D. Humberto y Doña Nieves frente a Dª Carina , D. Jesús Carlos , D. Enrique y Dª Sandra , D. Ricardo representados por el Procurador Sra. Rico Cadenas, Sr. del Campo Moreno y Sr. Ruigómez Muriedas, debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. Y estimando la demanda reconvenicional formulada por la demandada Doña Carina frente a los demandantes debo condenar y condeno a los referidos demandantes a abonar a la demandada Doña Carina la cantidad de ochocientos treinta y un euros con cuarenta y ocho céntimos (138.347 pts) incrementada con los intereses legales desde la interposición de la demanda, declarando la obligación que incumbe a los demandantes de contribuir conforme a su cuota de participación en los gastos generados por la vivienda sita en el conjunto residencial DIRECCION002 bloque NUM036 , NUM005 letra NUM006 de Sotillo de la Adrada, Ávila; igualmente debo condenar a los demandantes D. Humberto y Doña Nieves a abonar a la reconviniente la cantidad de ochocientos cuatro euros con veinticuatro céntimos, más los intereses legales de la referida cantidad desde la interpelación judicial; todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Jesús María , doña Elisa y doña Leticia , doña Amanda , doña Daniela , don Jesús María , don Ángel Jesús y don Benito y de don Humberto y doña Nieves , y sustanciada la alzada, la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2002 , cuyo Fallo es como sigue: "Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Jesús María , Doña Elisa y Doña Leticia , Doña Nieves , Doña Daniela , D. Jesús María , D. Ángel Jesús y D. Benito y D. Humberto y Doña Nieves , que estuvieron representadas por la Procuradora Sra. Granizo Palomeque, al que se opusieron: 1.- Doña Carina , 2.- D. Jesús Carlos y 3.- D. Ricardo , que estuvieron representados por los Procuradores Sra. Rico Cadenas (los dos primeros) y Sr. Ruigómez Muriedas (el Tercero), contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 61 de Madrid (mayor cuantía 8/99) en 13 de junio de 2002, debemos confirmar, como confirmamos, la precitada sentencia, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a sus promotores."

TERCERO.-La Procuradora doña Maria Granizo Palomeque, en nombre y representación de don Matías y otros, formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid al amparo del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , fundado en los siguientes motivos:

I.- Por infracción de los artículos 909 y 1057 del Código Civil en relación con los artículos 1216 y 1218.3 del mismo código .

II.-Por infracción del artículo 1057 del Código Civil in fine en relación con el artículo 910 y 4.1 del mismo texto legal.

III.- Por infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con el artículo 783 del mismo código .

IV.-Por infracción del artículo 675 y el principio de subrogación real reconocido jurisprudencialmente por esta Sala en sentencias de 3 febrero 2000 y 22 julio 1994 .

V.- Por infracción del artículo 1281 en relación con el 1282, ambos del Código Civil .

VI.-Por infracción del artículo 1262.3 del Código Civil en relación con el 1274,1276, 1249 y 1253 , todos del Código Civil.

VII.- Por infracción del artículo 1157, en relación con el 1124, ambos del Código Civil .



VIII.- Por infracción del artículo 1214 del Código Civil .

IX.- Por infracción del artículo 1261.2 , en relación con el artículo 675 y el 785 in fine, ambos del Código Civil .

X.- Por infracción del artículo 1079 del Código Civil en relación con los artículos 1347 y 1397, así como el 1214, todos del mismo cuerpo legal.

XI.- Por infracción del artículo 393 del Código Civil , en relación con los artículos 394 y 395 del mismo código .

XII.- Igualmente por infracción del artículo 393 del Código Civil , en relación con los artículos 394 y 395 del mismo cuerpo legal.

XIII.- Por infracción del artículo 1064 del Código Civil en relación con el 1158 del mismo código; y

XIV.- Por infracción de lo dispuesto en el artículo 1192 del Código Civil .

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 16 de enero de 2007 por el que se acordó la admisión del recurso de casación, salvo en sus motivos séptimo, octavo y décimo, y dar traslado del mismo a las partes recurridas, habiéndose opuesto por escrito a dicho recurso la representación procesal de don Ricardo y la de doña Carina .

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista y no estimándolo necesario esta Sala, se señaló para votación y fallo del recurso el día 27 de octubre de 2008 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante testamento otorgado en fecha 28 de julio de 1989, don Roberto -fallecido el 15 de junio de 1990- dispuso, entre otras cláusulas, las siguientes: Primera.- Instituyo única y universal heredera en todos mis bienes, derechos y acciones en pleno dominio a mi querida esposa Estíbaliz , quien podrá disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos entre vivos a título oneroso. Y en cuanto no hubiere dispuesto de los mismos por tales actos, los bienes que puedan quedar al fallecimiento de mi esposa, así heredados, sucederán en los mismos las personas que a continuación se indican en el modo y forma siguientes; Segunda.- Mi hermano Carlos Manuel y mis siete sobrinos, hijos de mi fallecido hermano Carlos Alberto , estos por estirpes, sucederán en las fincas rústicas de mi propiedad sitas en Donjimeno y Cabezas de Alambre, partido judicial de Arévalo, provincia de Ávila. Mi indicado hermano Juvencio, los mencionados siete hijos de mi difunto hermano Carlos Alberto , mis hermanos de vínculo sencillo Matías , Jesús Carlos , Elisa y Leticia sucederán por partes iguales, si bien los sobrinos por estirpes, en representación de mi hermano premuerto, en los demás bienes que puedan quedar a mi fallecimiento y de los que mi esposa no hubiese dispuesto en los términos antes consignados. Todos mis hermanos y sobrinos nombrados, o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo "si supererit", sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos entre vivos a título oneroso de los bienes heredados por mi mujer; Tercera.- Sustituyo a todos y cada uno de mis nombrados hermanos y sobrinos por sus respectivos descendientes.

Doña Estíbaliz falleció el 19 de febrero de 1994, bajo testamento otorgado en fecha 23 de agosto de 1990, habiendo constituido legado para su sobrino don Ricardo de la propiedad y negocio de cafetería instalado en la calle Juan Álvarez Mendizábal, número 6, bajo izquierda, de Madrid, con todos los elementos que lo componen, e instituyendo heredera a su sobrina doña Carina . Las operaciones particionales se llevaron a cabo por contador-partidor nombrado por doña Estíbaliz y se protocolizaron mediante escritura de fecha 26 de julio de 1994, en la cual se efectuaron las correspondientes adjudicaciones y, concretamente, a los fideicomisarios de residuo por valor de 10.948.912 pesetas, adjudicándoseles la mitad indivisa de determinados bienes inmuebles -todos ellos pertenecían a la sociedad de gananciales en su día formada por don Roberto y doña Estíbaliz - y la mitad del resto no satisfecho del precio de venta del piso NUM001 letra NUM002 de la DIRECCION000 nº NUM003 de Madrid.

Varios de los herederos fideicomisarios no se mostraron conformes con la partición efectuada, que consideraban nula, así como con la determinación que en la misma se hacía de los bienes sujetos al fideicomiso, por lo que interpusieron demanda contra la heredera de doña Estíbaliz , su sobrina doña Carina , y el legatario don Ricardo , así como frente a otros fideicomisarios no demandantes -los cuales se allanaron a la demanda- en solicitud de que se hicieran las correspondientes declaraciones sobre su derecho.

Los demandados citados en primer lugar se opusieron a la demanda y, además, la demandada doña Carina formuló reconvencción en reclamación de ciertos gastos generados por la partición y otros correspondientes a uno de los inmuebles adjudicado en comunidad a dicha demandada y a los demandantes. Seguido



el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 13 de junio de 2002 por la que desestimó la demanda y estimó la reconvencción condenando a los actores-reconvenidos a la satisfacción de las cantidades reclamadas, haciendo los correspondientes pronunciamientos sobre costas.

Los actores recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) dictó nueva sentencia, de fecha 20 de diciembre de 2002, por la que desestimó el recurso con imposición de las costas de la alzada a los apelantes, los cuales han recurrido en casación dicha sentencia.

SEGUNDO.- Los motivos primero y segundo del recurso se dirigen a obtener la declaración de nulidad del cuaderno particional de doña Estíbaliz por haber sido practicado por un contador-partidor no designado por el causante de los recurrentes -don Roberto - denunciando la infracción de lo dispuesto en los artículos 909 y 1057 del Código Civil relacionados, por un lado, con los artículos 1216 y 1218.3 y, por otro, con los artículos 910 y 4.1 del mismo código.

Ambos motivos han de ser rechazados ya que, si bien tal pretensión de nulidad se incorporó al "suplico" de la demanda y fue desestimada por la sentencia de primera instancia, la misma pretensión no fue reiterada en la alzada y por tanto no fue objeto de tratamiento y decisión por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, hoy recurrida, la cual señala como objeto de la apelación (fundamento de derecho segundo), tres cuestiones: a) El tratamiento de la cosa juzgada material. Excepción que fue acogida por el Juzgado en relación con el proceso anterior de menor cuantía seguido entre las partes con el nº 363/95 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, sobre la cual la Audiencia resolvió de modo distinto, entendiéndose que efectivamente no se daba la "cosa juzgada" en cuanto a las pretensiones de los allí actores, al dictarse sentencia firme por la que se apreciaba defecto legal en el modo de proponer la demanda; b) La aplicación del principio de subrogación real al fideicomiso de que se trata; y c) La estimación de la reconvencción cuando falta la prueba que sirva de soporte a las cantidades que se reclaman.

Como recuerda la sentencia de 14 diciembre 2007 «es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que las cuestiones no suscitadas en la apelación no pueden someterse a revisión casacional ya que este recurso extraordinario se da contra la sentencia de segunda instancia y no contra la dictada por el Juzgado (sentencias de 9 octubre 2000, 5 febrero y 5 abril 2001, 14 abril y 26 noviembre 2004, 31 mayo 2005, 19 junio, 5 julio, 18 y 26 octubre 2006, y 30 marzo 2007, entre otras muchas que pudieran citarse)».

En consecuencia, planteándose en ellos cuestión nueva en casación, han de ser rechazados los motivos primero y segundo del recurso.

TERCERO.- El motivo tercero denuncia la infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con el artículo 783 del mismo código, imputando a la sentencia impugnada la falta de aplicación del principio de subrogación real reconocido jurisprudencialmente y contemplado en el Digesto Libro XXXI, título único, LL.70, tercero 71 y 72.

La sentencia impugnada (fundamento de derecho séptimo, apartado 6) razona en el sentido de que «la subrogación real, aún insertándose en la naturaleza del fideicomiso, siempre tiene que ser examinada a la luz del contenido del propio testamento, en el que incluso se puede autorizar por el testador a la heredera fiduciaria a disponer a título gratuito de los bienes heredados. Ciertamente en nuestro caso D. Gaspar no autorizó disposiciones a título lucrativo pero no puso límite alguno a los actos dispositivos a título oneroso inter vivos con lo que vino a excluir la subrogación real, llegando incluso a advertir a los fideicomisarios que no limitasen las repetidas facultades dispositivas, lo que podía hacer D. Roberto ante la inexistencia de herederos forzosos. Y es que, tan sólo, en cuanto no hubiese dispuesto Dña. Estíbaliz por tales actos y sin limitación alguna, sucederán las personas que detalla el testador», por lo que claramente excluye la Audiencia la aplicación de tal principio de subrogación real en el presente caso.

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 los amplios 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. También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador (sentencia de 10 julio 1954) pues en caso contrario se trataría en realidad de una sustitución íntegra en cuanto a su valor económico y no "de residuo".

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).

La Audiencia, a partir de la interpretación del testamento otorgado por don Roberto , llega a las siguientes conclusiones en su fundamento de derecho séptimo: 1.- Estamos ante la constitución de fideicomiso de residuo "si aliquid supererit"; 2.- No es posible aplicar al caso la subrogación real para los casos de enajenaciones a título oneroso respecto de bienes que, transformados, hubiesen vuelto al patrimonio de la heredera, ante las amplísimas facultades que el testador concedió a la heredera D^a Estíbaliz ; 3.- Las enajenaciones a título oneroso que pudiese llevar a cabo doña Estíbaliz no se relacionan en modo alguno, en el testamento de D. Roberto , con los propios bienes de la heredera; 4.- No efectuó la heredera fiduciaria disposiciones a título gratuito sobre el objeto del fideicomiso, lo que había excluido expresamente don Roberto en su testamento.

Tales conclusiones alcanzadas a partir de la interpretación del testamento de don Roberto no sólo no cabe calificarlas de arbitrarias, irracionales, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la propia ley, lo que permitiría su revisión casacional, sino que se ajustan al texto del testamento y a la evidente intención del testador, en cuanto éste instituyó heredera de todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa doña Estíbaliz -bienes que, además, eran de carácter ganancial- otorgándole plena facultad para disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos inter vivos a título oneroso, y respecto de los heredados de que no hubiere dispuesto su viuda D^a Estíbaliz estableció el fideicomiso de residuo a favor de las personas que indicaba (hermanos y sobrinos del causante), advirtiendo expresamente que todos sus hermanos y sobrinos nombrados o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo "si supererit", sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos inter vivos a título oneroso de los bienes heredados por su mujer; lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real y constituir el fideicomiso únicamente en relación con los bienes de los que la esposa no hubiera dispuesto en vida en la forma autorizada.

En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado, así como el siguiente motivo cuarto mediante el que se pretende la aplicación del indicado principio de subrogación real respecto del 50 % del precio de venta de los inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales formada por don Roberto y doña Estíbaliz , que fueron vendidos por esta última a la mercantil Georplan S.A. en fecha 15 de abril de 1991, bajo la alegación de haber sido infringido el artículo 675 del Código Civil y el indicado principio de subrogación real, dado que la aplicación del principio de subrogación real en tal supuesto vendría a contradecir la expresa voluntad de don Roberto , expresada en su testamento, en el sentido de que el fideicomiso se contraía a "los demás bienes que puedan quedar a mi fallecimiento y de los que mi esposa no hubiere dispuesto en los términos antes consignados". No cabe traer aquí a colación lo resuelto acerca de la subrogación real por las sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente de 3 de febrero de 2000 (debe referirse a 3 de marzo) y 22 de julio de 1994 , las cuales se refieren a supuestos distintos al ahora enjuiciado en los que el testador no se había manifestado en los claros términos en que lo hizo don Roberto , versando la primera sobre un supuesto de usufructo con facultad de disposición en caso de necesidad, en el cual se aplica el principio de subrogación



real a la disposición efectuada sin concurrir aquel requisito; y la segunda sobre un fideicomiso de residuo en que el testador simplemente facultó a su esposa a disponer en vida de los bienes, entendiéndose dicha sentencia que la heredera fiduciaria había realizado actos que burlaban la verdadera voluntad del testador.

CUARTO.- Los motivos quinto y sexto son susceptibles de consideración conjunta ya que ambos se dirigen a combatir la realidad de la venta efectuada por doña Estíbaliz a su sobrina, la demandada doña Carina, en fecha 29 de noviembre de 1993 de la vivienda ganancial piso nº NUM037, conocido por " NUM001 letra NUM002 " de la casa nº NUM003 de la calle Doctor DIRECCION000 de Madrid, denunciando el motivo quinto, conjuntamente y sin más precisiones, la infracción de lo dispuesto en los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en cuanto la Audiencia entendió (fundamento de derecho séptimo, apartado 4º) que doña Estíbaliz se había reservado el derecho de usufructo sobre dicha vivienda; y el motivo sexto, la existencia de simulación de dicho negocio jurídico, habiendo infringido la Audiencia, al no considerarlo así y entender, por el contrario, su válida celebración, el artículo 1261.3 del Código Civil, en relación con los 1276, 1249 y 1253 del mismo código.

La sentencia impugnada afirma (fundamento de derecho séptimo, apartado 4) que «la enajenación de vivienda que fuese ganancial por Doña Estíbaliz a su sobrina Doña Carina (razonamiento del "iudex a quo"), no puede calificarse como lo hace la parte apelante (disposición a título gratuito), dado que consta el precio, su pago parcial y la constitución del usufructo a favor de Dña. Estíbaliz, lo que comportó los necesarios ajustes pecuniarios en cuanto al repetido precio». Es cierto que doña Estíbaliz vendió a su sobrina doña Carina la citada vivienda mediante escritura pública de fecha 29 de noviembre de 1993 por precio de dieciocho millones de pesetas, del que la vendedora declaró recibida la cantidad de tres millones de pesetas mientras el resto, quince millones de pesetas, habría de pagarse en el plazo máximo de cinco años sin intereses, consintiendo la compradora que la vendedora siguiera ocupando la vivienda objeto del contrato hasta que encontrara otra adecuada a sus necesidades y por el plazo máximo que tardara la compradora en pagar el precio aplazado, habiendo sido tasado pericialmente dicho inmueble en la cantidad de 31.819.155 pesetas.

No obstante, los antedichos motivos no pueden ser estimados, ya que: a) El hecho de que en la sentencia se califique de usufructo lo que constituía la reserva a favor de la vendedora de un mero derecho de uso no comporta una infracción legal de las normas de interpretación contractual comprendidas en los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, sino una simple atribución errónea del "nomen iuris" que corresponde al derecho reservado, lo que únicamente se tenía en cuenta a efectos de justificar la razonabilidad de la disminución del precio fijado respecto del valor de tasación como consecuencia de la indicada reserva; y b) No puede apreciarse la existencia de un precio vil, que lleve a considerar presente en el negocio jurídico un ánimo simulatorio, si se tiene en cuenta que incluso, como decía la sentencia de esta Sala de 20 julio 1993, «la justicia del precio no es requisito esencial, como su certeza, de la compraventa, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano y ocurre en algunos derechos forales», y que por precio vil ha de entenderse aquél que no sólo resulta desproporcionado sino que, además, lo es en un grado importante o notorio respecto del valor real de la cosa; situación que no se da en el caso si se tiene en cuenta la diferencia entre el precio pactado -cuya realidad no se discute- y el de tasación, todo ello puesto en relación con la razonable disminución que respecto de tal precio había de operar la reserva de uso establecida a favor de la vendedora.

QUINTO.- El motivo noveno, bajo la denuncia de infracción de lo dispuesto en el artículo 1261.2 del Código Civil (objeto cierto como requisito de existencia del contrato), relacionado con los artículos 675 (interpretación de los testamentos) y 785 (ineficacia de determinadas disposiciones sobre sustitución hereditaria) del mismo código, viene a denunciar que la sentencia impugnada obtiene conclusiones erradas respecto de la titularidad de los bienes quedados al fallecimiento de doña Estíbaliz, incidiendo en realidad, bajo el amparo de dichos preceptos, en la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia sin referencia alguna a los preceptos específicos que hubieran podido ser vulnerados a la hora de establecer tal atribución de titularidad, lo que impide la estimación del motivo en cuanto tal valoración probatoria, genéricamente considerada, queda fuera del recurso de casación que, según lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- Los motivos undécimo y duodécimo se concretan en la infracción de lo dispuesto en el artículo 393 del Código Civil, en relación con los artículos 394 y 395 del mismo código, y vienen referidos a la estimación de la demanda reconventional formulada por doña Carina reclamando a los actores, hoy recurrentes, los gastos de comunidad de propietarios, luz y teléfono de la vivienda sita en la localidad de Sotillo, cuyo 50% pertenece proindiviso a la herencia de don Roberto y por tanto a los herederos de éste. No obstante, la necesaria contribución al pago de tales gastos por parte de los actores viene impuesta por las propias normas que se denuncian como infringidas ya que el 50% del valor de dicha vivienda fue incluido en el cuaderno particional confeccionado a partir de la muerte de doña Estíbaliz como bien correspondiente al fideicomiso de



residuo establecido por el testador don Roberto y adjudicado a los hoy actores, sin que les releve de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de tales gastos el hecho de que se hayan desentendido de tal adjudicación por no mostrarse conformes con el contenido del cuaderno particional, como han puesto de manifiesto en el presente litigio, pues como dispone el artículo 395 del Código Civil «todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común» y «sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio». Tampoco cabe estimar la exclusión que se solicita respecto de gastos de electricidad, agua y teléfono, cuando no se ha acreditado que tales gastos se hayan producido en beneficio sólo de alguno de los comuneros, y por estos, en su conjunto, no se ha acordado la supresión de tales servicios para la vivienda.

Por ello, dichos motivos ha de ser desestimados como también el decimotercero, que se refiere a la vulneración de lo establecido en el artículo 1064 del Código Civil, en relación con el 1158 del mismo código, al haber sido condenados indebidamente los actores don Humberto y doña Nieves a pagar lo que les correspondía por los gastos generados por la partición de la herencia de doña Estíbaliz de la que eran partícipes, ya que tal obligación dimana precisamente de lo establecido en el artículo 1064 del Código Civil, sin que pueda aceptarse su inutilidad por razón de la pretendida nulidad de dicha partición que sostienen los actores, y por otro lado tampoco se ha infringido lo dispuesto en el artículo 1158 del Código Civil dado que, estando obligados los recurrentes, el pago efectuado por tercero les ha sido útil; supuesto en el que quien pagó puede repetir frente al deudor incluso en el supuesto de que el pago lo hubiera efectuado contra su expresa voluntad.

SÉPTIMO.- Igual suerte desestimatoria corresponde al motivo decimocuarto, y último, del recurso que denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 1192 del Código Civil, sobre la confusión de derechos en el caso de que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. En primer lugar, por tratarse de cuestión no reproducida en el recurso de apelación que, por tanto, ha de quedar fuera de la casación según lo ya razonado en el anterior fundamento segundo; y, además, porque pugna con la lógica más elemental pretender la extinción por confusión de un derecho de arrendamiento sobre un local -el que ostenta el demandado don Ricardo sobre el sito en la calle Álvarez de Mendizábal nº 7 de Madrid- por el mero hecho de que el titular de tal derecho arrendaticio haya adquirido la propiedad de la mitad indivisa del mismo por vía de legado.

OCTAVO.- Rechazados los anteriores motivos, el recurso ha de ser desestimado con imposición de costas a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Matías y otros contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) con fecha 20 de diciembre de 2002 en el Rollo nº 590/2002, dimanante de autos de juicio de mayor cuantía nº 8/99, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 61 de dicha ciudad a instancia de los hoy recurrentes contra doña Carina y otros, la que confirmamos con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.