

Roj: **STS 266/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:266**Id Cendoj: **28079110012009100058**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/01/2009**Nº de Recurso: **816/2003**Nº de Resolución: **1/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes contra la sentencia dictada con fecha 27 de noviembre de 2002 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 288/01 dimanante de los autos de juicio declarativo de mayor cuantía nº 462/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, sobre fideicomiso de residuo. La parte demandante, integrada, tras las sucesiones procesales habidas después de fallecer algunos de los demandantes originarios, por Dª Juana , D. Millán y D. Alejandro , D. Silvio y Dª Leticia , D. Everardo , D. Carlos Miguel , Dª Magdalena y Dª Julia , D. Lorenzo ., D. Victor Manuel , D. Paulino , D. Baltasar y D. Tomás , D. Francisco , Dª Rita y D. Jesús Luis , Dª Valentina , Dª Soledad y D. Oscar , Dª Verónica , D. Domingo y D. Luis María y Dª María Purificación y D. Julián , ha comparecido ante esta Sala por medio del Procurador D. Jesús Guerrero Laverat. Y la parte demandada, integrada por Dª Daniela , D. Eusebio , Dª Elisa , Dª Estefanía y D. Jesús Manuel , ha comparecido ante esta Sala por medio de la Procuradora Dª Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de julio de 1999 se presentó demanda interpuesta por las personas ya mencionadas en el encabezamiento, o sus antecesores procesales, contra los asimismo ya mencionados como demandados solicitando se dictara sentencia por la que "se declare

A) La existencia, en perjuicio de los derechos hereditarios de los fideicomisarios, de un desfase, defecto de adjudicación o agravio patrimonial en la partición y adjudicación de la herencia de D. Carlos Antonio , condenando a los demandados -herederos de la fiduciaria-, a que se resarza o compense a mis mandantes por el importe del agravio patrimonial sufrido en la suma de 46.498.319, ptas., suma que deberá actualizarse mediante la aplicación del IPC, o índice corrector de la depreciación monetaria que corresponda, a contar desde la fecha de formalización de la partición y adjudicación de herencia hasta la del fallecimiento de la fiduciaria, o, subsidiariamente, por la diferencia proporcional o media aritmética entre el valor asignado por el contador-partidor a la finca urbana identificada bajo el nº 4 del inventario, y su valor real al tiempo de realizarse tal partición, en la forma descrita en el fundamento de derecho III de este escrito de demanda, más los intereses legales correspondientes a dicha suma a contar desde la fecha del fallecimiento de la fiduciaria, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia.

B) Acumulativamente, que, a efectos únicamente de los legítimos derechos hereditarios de mis mandantes, se declare nula e inexistente, en cuanto realizada fraudulentamente y con abuso de derecho, la enajenación de 60.120 acciones de CATALANA OCCIDENTE S.A. formalizada en nombre y por cuenta de la fiduciaria el 22 de Abril de 1.997, y se condene a los demandados, en compensación, a transmitir y entregar a mis mandantes las 53.552 acciones de dicha Compañía que restan por entregar, con los frutos, los dividendos e intereses legales correspondientes a contar desde la fecha de fallecimiento de la fiduciaria, o, en defecto de dichas acciones, el equivalente en metálico, aplicando el tipo de cotización vigente al fallecimiento de la fiduciaria, más los



intereses legales correspondientes a dicha suma, que se liquidarán en ejecución de sentencia, a contar también desde la fecha de fallecimiento de D^a Daniela , todo ello en los términos que se razonan en el fundamento de derecho IV, apartado a) de este escrito de demanda.

Alternativamente a la pretensión anterior, que se declare la obligación de los demandados y se les condene a transmitir y entregar a mis mandantes -con carácter subsidiario-, bien 23.976, o bien 23.402, o bien 8.703 acciones de CATALANA OCCIDENTE S.A., con sus frutos, dividendos e intereses legales de dichos dividendos, a contar desde la fecha de fallecimiento de la fiduciaria, o, en defecto de tales acciones, el equivalente en metálico de las mismas, aplicando el tipo de cotización vigente a la fecha de fallecimiento de la fiduciaria, más los intereses legales correspondiente a dicha suma, devengados desde la fecha del óbito de la fiduciaria, los cuales se determinarán en trámite de ejecución de sentencia.

C) Que se condene en costas a los demandados de conformidad con lo establecido en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 60 de Madrid, dando lugar a los autos nº 462/99 de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, y emplazados los demandados, éstos comparecieron bajo una misma representación y contestaron a la demanda pidiendo su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Presentado escrito de réplica por la parte actora ratificando las peticiones de su demanda, presentado escrito de dúplica por la parte demandada rebatiendo el de réplica, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 29 de diciembre de 2000 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: Que estimando parcialmente la demanda planteada por el Procurador D. Jesús Guerrero Laverat en nombre y representación de D^a Juana , D. Millán , D. Alejandro , D. Silvio , D^a Leticia , D. Everardo , D^a Magdalena , D^a Ana María , D. Lorenzo , D. Tomás , D. Baltasar , D. Victor Manuel , D. Luis Andrés Y D. Paulino contra D^a Daniela , D. Eusebio , D. Jesús Manuel , D^a Elisa , D^a Estefanía Y D. Jesús Manuel , condeno a los demandados a entregar a los actores 23.402 acciones de Catalana Occidente S.A. con sus frutos, dividendos e intereses desde el fallecimiento de la fiduciaria, o en defecto de tales acciones, el equivalente en metálico de las mismas, al tipo de cotización vigente al tiempo del fallecimiento de D^a Daniela , más los intereses legales desde la fecha de fallecimiento, a determinar en ejecución de sentencia, sin expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en el procedimiento".

CUARTO.- Interpuestos por ambas partes contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 288/01 de la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 27 de noviembre de 2002 con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Juan Luis Pérez Mulet, en nombre y representación que ostenta, contra la sentencia dictada en las presentas actuaciones, debemos estimar parcialmente el mismo, y, en consecuencia con revocación parcial de la meritada resolución, debemos condenar y condenamos a los demandados a la entrega de 8.703 títulos de acción de la sociedad Catalana de Occidente o en su defecto la valoración de los mismos a la fecha del fallecimiento de la fiduciaria Doña Daniela , más sus intereses legales, dejando en todo lo demás incólume la sentencia dictada en las actuaciones, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas por su recurso. Igualmente debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Guerrero Laverat en nombre y representación que ostenta con expresa imposición de las costas causadas por su recurso ."

QUINTO.- Contra dicha sentencia la parte actora anunció recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, y la parte demandada recurso de casación, todo ello al amparo de la LEC de 2000. El tribunal de apelación tuvo por preparados los tres recursos y las respectivas partes recurrentes los interpusieron ante el propio tribunal, a continuación de lo cual éste remitió las actuaciones a esta Sala y ante la misma se personaron las dos partes litigantes y recurrentes por medio de los Procuradores ya mencionados en el encabezamiento.

SEXTO.- Por auto de 12 de febrero de 2009 esta Sala admitió los recursos de casación de ambas partes pero no el extraordinario por infracción procesal interpuesto también por la parte actora.

SÉPTIMO.- El recurso de casación de la parte actora se articula en cuatro motivos: el primero por inaplicación de los arts. 759, 1054, 1056, 1081, 1276 y 1397 CC e indebida aplicación del art. 1076 del mismo Cuerpo legal; el segundo por infracción de los arts. 675, 781, 783 y 1.6 CC en relación con la doctrina jurisprudencial; el tercero por infracción de los arts. 675, 781 y 783 CC y de la doctrina jurisprudencial; y el cuarto por infracción de los arts. 1 y 7.1 CC en relación con el principio general del derecho y la doctrina jurisprudencia de los actos propios, así como de los arts. 67, 781, 783, 1061 y 1138 CC en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el fideicomiso de residuo. Y el recurso de casación de la parte demandada se articula en un solo motivo por



infracción del párrafo segundo del art. 783 CC en relación con el art. 675 del mismo Cuerpo legal, así como de la doctrina legal del Tribunal Supremo establecida en las sentencias que se citan.

OCTAVO.- Ambas partes litigantes presentaron sus respectivos escritos de oposición al recurso de casación de la contraria pidiendo su íntegra desestimación.

NOVENO.- Por providencia de 27 de noviembre de 2008 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de enero siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las dos partes litigantes, integradas por los respectivos herederos de Luis Andrés y D^a Daniela , cónyuges que fueron, casados en únicas nupcias en régimen de gananciales y fallecidos sin ascendientes ni descendientes tras otorgar testamento cada uno de ellos, habiendo muerto D. Luis Andrés antes que D^a Daniela , recurren en casación la sentencia de segunda instancia que, acogiendo en parte el recurso de apelación de la parte demandada, herederos de D^a Daniela , y desestimando el de la parte actora, herederos de D. Luis Andrés , redujo el número de acciones de la compañía Catalana Occidente que los demandados venían obligados a entregar a los actores, fijando dicho número en 8.703, en lugar de las 23.402 acciones que estableció la sentencia de primera instancia, y manteniendo la desestimación de las restantes pretensiones de la demanda.

El litigio, promovido tras fallecer D^a Daniela y transmitir los herederos de ésta a los luego demandantes varios miles de acciones de dos sociedades anónimas diferentes, versa sobre un fideicomiso de residuo, pues el testamento de D. Luis Andrés , otorgado el 10 de junio de 1986, instituía heredera fiduciaria de todos sus bienes a D^a Daniela , "relevada de inventario y fianza y facultada para tomar posesión por sí misma de toda la herencia"; disponía que D^a Daniela , como heredera fiduciaria, "tendrá todas la facultades referentes al disfrute de los bienes y, además, tendrá la facultad de venderlos, permutarlos o enajenarlos por título oneroso y transformarlos, disponiendo de todo, o parte, de los bienes, como si fuesen propios de ella, haciendo suyo el producto de lo enajenado", sin necesidad de alegar ni probar necesidad o conveniencia; instituía herederos fideicomisarios del residuo a sus dos hermanos y a los hijos de otro ya fallecido por estirpes, es decir por terceras partes; nombraba sustitutos vulgares de los herederos fideicomisarios a sus respectivos descendientes; y preveía que "en defecto de la heredera fiduciaria al fallecimiento del testador, heredarán directamente los bienes los herederos fideicomisarios de residuo o, en su defecto, sus respectivos descendientes".

La controversia se centró, en primer lugar, en el valor de 3.635.412 ptas. asignado en la escritura de manifestación de la herencia de D. Luis Andrés , otorgada por D^a Daniela el 4 de mayo de 1988, a un piso de casi 350 m² sito en el n^o 12 del Paseo de la Castellana de Madrid, valoración que en la demanda se consideraba perjudicial para los herederos fideicomisarios de aquél en la cantidad de 46.498.319 ptas. por su diferencia con el valor real de dicho inmueble al tiempo de realizarse la partición; y en segundo lugar, en las acciones de una de las dos sociedades ya mencionadas, pues D^a Daniela había vendido en 22 de abril de 1997 un total de 60.120 de ellas y los demandantes consideraban que se les debían entregar 53.552 acciones, al ser nula e inexistente por fraude y abuso de derecho aquella transmisión, o, alternativamente, bien 23.976, bien 23.402 o bien 8.703.

En cuanto al inmueble, la parte demandada consideró carentes de fundamento alguno las pretensiones de la parte actora, pues el piso fue vendido por D^a Daniela a dos de sus sobrinas, luego demandadas en este litigio, en vida aún de D. Luis Andrés , quien compareció junto con su esposa a otorgar la escritura pública de compraventa para prestar su consentimiento expreso a la venta, de suerte que dicho inmueble no podía ya pertenecer a la sociedad de gananciales cuando posteriormente murió D. Luis Andrés , y su consideración como ganancial en el momento de dividir la sociedad de gananciales sólo podría obedecer a razones registrales. Por lo que se refiere a las acciones, la demandada partía de que las heredadas de D. Luis Andrés por D^a Daniela fueron 4.353 acciones de la compañía de seguros Occidente y 18.072 acciones de la compañía de seguros Catalana. Posteriormente se produjo una fusión societaria absorbiendo Catalana a Occidente, y por cada acción de esta última los accionistas recibieron una acción de Catalana de nueva emisión, de suerte que, siempre según la parte demandada, se habría dado una enajenación por permuta para la que D^a Daniela se encontraba plenamente facultada y, por tanto, las 4.353 acciones de Occidente habrían quedado excluidas del fideicomiso mientras las 4.353 de Catalana pasaban a ser ya propias de D^a Daniela como si se hubiera tratado de dinero. En cuanto a las 18.072 acciones de Catalana, se alegaba que mediante una operación de reducción nominal de su valor y un desdoblamiento, los accionistas recibieron



cuatro acciones nuevas por cada una antigua, pasando así a ser 72.288, de las que la mitad, es decir 36.144, fueron las entregadas a los demandantes por los herederos de D^a Daniela como pertenecientes al fideicomiso de residuo. Entre medias, D^a Daniela había acudido a una oferta pública de venta acordada por la Junta General de accionistas de Catalana Occidente, vendiendo 60.120 acciones que constituían la mitad de su total de 120.240 acciones de dicha compañía, tanto propias y privativas como heredadas de D. Luis Andrés, imputándose las acciones vendidas una mitad a las propias y privativas de D^a Daniela y la otra a las heredadas de D. Luis Andrés, por todo lo cual, en suma, las 36.144 acciones de Catalana Occidente entregadas a los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés tras fallecer la fiduciaria D^a Daniela serían las únicas pertenecientes al fideicomiso.

En sus respectivos recursos de casación las partes litigantes vuelven a insistir en sus planteamientos. La actora lo hace mediante cuatro motivos, de los que el primero se dedica a la cuestión del piso del Paseo de la Castellana; el segundo pretende se declare nula la referida venta de 60.120 acciones; el tercero, subsidiario del anterior, considera que las 60.120 acciones vendidas por D^a Daniela deben imputarse íntegramente a las que eran propias y privativas de ella en pago de su cuota ganancial, por lo que pertenecerían al fideicomiso las 23.976 acciones de Catalana Occidente que quedaron a su muerte; y el cuarto entiende que, de no ser así, al menos la imputación de la venta de las 60.120 acciones tendría que hacerse por mitad entre el fideicomiso y el patrimonio particular de D^a Daniela, como acordó la sentencia de primera instancia, y no en proporción a la cuota que ostentaban dichas acciones en tales fideicomiso y patrimonio, como acordó la sentencia de apelación ahora impugnada, de suerte que en el peor de los casos los demandados tendrían que hacer entrega de 23.402 títulos además de los 36.144 ya entregados. La demandada, por su parte, estructura su recurso en un solo motivo para impugnar la condena a entregar 8.703 acciones de Catalana Occidente, insistiendo en que las acciones de Occidente canjeadas en su día al ser dicha compañía absorbida por Catalana dejaron de pertenecer al fideicomiso.

Antes de examinar los motivos de ambos recursos conviene precisar, por razones de claridad, el siguiente orden cronológico de hechos relevantes para la decisión del litigio:

1º) El 22 de julio de 1976 D. Luis Andrés, casado en únicas nupcias con D^a Daniela y carente de herederos forzosos, otorga testamento abierto instituyendo "heredera universal en usufructo" a D^a Daniela, a quien lega además el piso del Paseo de la Castellana, e instituyendo herederos en la nuda propiedad de la mayoría de sus bienes a dos de sus sobrinos.

2º) El 13 de diciembre de 1984 D. Luis Andrés vuelve a otorgar testamento instituyendo ya heredera fiduciaria a D^a Daniela con plenas facultades dispositivas y reservando para un testamento ológrafo complementario la determinación de las personas que como fideicomisarios recibirían el residuo.

3º) El 10 de junio de 1986 D. Luis Andrés otorga otra vez testamento abierto, el que definitivamente regirá su sucesión, en los términos anteriormente expresados y determinando ya quiénes serían sus herederos fideicomisarios del residuo.

4º) En la misma fecha y ante el mismo notario otorga también testamento abierto D^a Daniela en términos prácticamente idénticos, es decir instituyendo heredero fiduciario a D. Luis Andrés, con igual amplitud de facultades, e instituyendo herederos fideicomisarios del residuo a su hermano y a los hijos de éste.

5º) Pocos días después, el 24 de junio de 1986, D^a Daniela vende a dos de sus sobrinas el piso del Paseo de la Castellana por un precio de 6.700.000 ptas. que se declara recibido con anterioridad por la vendedora, concurriendo también a otorgar la escritura D. Luis Andrés para prestar su consentimiento expreso a la venta.

6º) El 6 de noviembre de 1987 muere D. Luis Andrés sin ascendientes sin descendientes.

7º) El 4 de mayo de 1988 se otorga por D^a Daniela escritura de manifestación de herencia concurriendo al acto del otorgamiento el contador-partidor designado por D. Luis Andrés. En el inventario se incluye el piso del Paseo de la Castellana como comprado en su día por D^a Daniela constante su matrimonio con D. Luis Andrés, y se le asigna un valor de 3.635.412 ptas. Y entre los muchos valores que asimismo se incluyen, constan 8.253 acciones de la compañía de seguros Occidente y 21.807 acciones de la compañía de seguros Catalana. En pago de su cuota ganancial se adjudican a D^a Daniela, entre otros muchos bienes, el piso del Paseo de la Castellana por su valor asignado de 3.635.412 ptas., 3901 acciones de la compañía Occidente y 3735 acciones de la compañía Catalana. Y por herencia de D. Luis Andrés se adjudican a D^a Daniela, además de unas acciones de la compañía INOC que no son objeto del litigio, las 4352 acciones restantes de la compañía Occidente y las 18072 acciones restantes de la compañía Catalana.

8º) En noviembre de ese mismo año 1988 se produce una fusión societaria absorbiendo Catalana a Occidente y recibiendo D^a Daniela, como antigua accionista de Occidente, una acción de Catalana, de nueva emisión, por cada una de Occidente.



9º) En 1997 D^a Daniela acude a la oferta de venta pública de acciones de la compañía Catalana Occidente por sugerencia de la propia compañía y vende 60.120 acciones, que suponían la mitad de las 120.240 acciones que por entonces poseía, apoderando a tal efecto al propio Consejo de Administración de la compañía, por un precio de 429.316.920 ptas.

10º) El 9 de junio de 1997 muere D^a Daniela .

11º) El 6 de julio de 1998 los herederos de D^a Daniela entregan a los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés , como bienes incluidos en el fideicomiso de residuo, 3.144 acciones de Catalana Occidente, haciendo constar el notario que este número de acciones no coincide con el reflejado en la escritura de manifestación de herencia de 4 de mayo de 1988.

SEGUNDO.- Por razones de método se examinará en primer lugar el motivo primero del recurso de la parte actora, luego su motivo segundo, a continuación el único motivo del recurso de la parte demandada y finalmente los dos últimos motivos del recurso de la actora.

Ese primer motivo del recurso de la parte actora se funda en infracción de los arts. 759, 1054, 1056, 1081, 1276 y 1397 CC, por no aplicación, y 1076 del mismo Cuerpo legal por aplicación indebida. Según esta parte recurrente, la valoración del piso del paseo de la Castellana en 3.635.412 ptas. en la escritura de manifestación de herencia de 4 de mayo de 1988 habría causado "un desfase, agravio patrimonial, defecto de adjudicación en perjuicio de los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés ", y el no haber pedido en su demanda la nulidad de la partición se justificaría por la jurisprudencia de esta Sala favorable a conservar la validez de la partición compensando el agravio o perjuicio sufrido. Se añade que no era necesario atacar en la demanda la venta de ese mismo piso antes de la partición porque su nulidad sería "consecuencia implícita e indispensable de la propia acción ejercitada". Se rebate también la posible caducidad de la acción rescisoria por transcurso del plazo de cuatro años establecido en el art. 1076 CC , alegando esta recurrente que la acción ejercitada no era la de rescisión "sino la de nulidad radical del art. 1081 CC ", que el plazo no podía empezar a computarse sino desde el fallecimiento de la fiduciaria porque antes los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés desconocían la partición y, en fin, se termina con un extenso alegato tendente a demostrar que la venta del piso en 24 de julio de 1986 no habría transmitido su propiedad a las sobrinas de D^a Daniela porque ésta siguió habitándolo, de suerte que a lo sumo se habría producido una venta simulada y una donación diferida hasta la muerte de D^a Daniela , citándose a tal efecto otras normas no citadas en el encabezamiento del motivo, como los arts. 1282, 609 y 633 CC . Finalmente se apuntan unas hipótesis para explicar por qué D^a Daniela no otorgó propiamente escritura de partición de su herencia o por qué no hizo partición en su propio testamento en lugar de otorgar escritura pública de compraventa del piso, y se concluye que "siendo evidente que dicho inmueble debe incluirse en el inventario de bienes gananciales", habrá de computarse por su valor real al tiempo de evaluarse dichos bienes, conforme al art. 1397-2º CC , y cifrar el "agravio patrimonial o defecto de adjudicación" sufrido por los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés en la diferencia entre el valor asignado al piso en la escritura de 1988, 3.635.412 ptas., y su valor real por aquel entonces, 74.105.015 ptas.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por no ser cierto su punto de partida, esto es, por no ser nada evidente que el piso en cuestión debiera incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales, ya que no puede eludirse el hecho probado de que D. Luis Andrés también concurrió al otorgamiento de la escritura de venta de dicho piso a las sobrinas de D^a Daniela , prestando inequívocamente su consentimiento expreso, ni la norma contenida en el párrafo segundo del art. 1462 CC , según la cual el otorgamiento de escritura pública de venta equivale a la entrega de la cosa vendida si de la propia escritura no resultare o se dedujere lo contrario.

A partir de ahí cae por su base todo el motivo porque los herederos fideicomisarios tienen que asumir todo lo que hizo su causante, conforme a los arts. 659 y 660 CC , y no pueden presentar los hechos como algo ideado y llevado a cabo únicamente por D^a Daniela . Es cierto que el legado del piso a D^a Daniela por D. Luis Andrés en el testamento de 1978 o la inclusión del piso como ganancial en el inventario de la escritura de manifestación de herencia de 1988 aportan elementos de confusión que permiten imaginar hipótesis como las señaladas en el recurso. Pero no lo es menos que también el concurso de D. Luis Andrés al otorgamiento de la escritura de venta y la mención en ésta del piso como adquirido por D^a Daniela autorizarían la hipótesis de que fuera privativo de ésta, del mismo modo que su inclusión en el inventario como bien ganancial habría podido obedecer a las razones registrales indicadas por la parte demandada.

En suma, por muchas que sean las hipótesis imaginables, la única solución ajustada a derecho es la de la sentencia recurrida considerando que el piso no debió incluirse en el inventario como bien ganancial porque ya no pertenecía a D^a Daniela ni a D. Luis Andrés cuando éste falleció. Hubo un previo acto dispositivo de ambos, plenamente libre y voluntario, contra el cual no pueden ir los herederos de D. Luis Andrés como si del piso sólo hubiera dispuesto D^a Daniela .



De ahí que no sea necesario extenderse en otras razones que también conducen a desestimar este motivo, como la cita de hasta siete preceptos diferentes en su encabezamiento, la adición de otros más a lo largo de su desarrollo argumental o, en fin, el confusionismo y contradicción en algunos de sus alegatos, pues tanto se aduce que en la demanda se ejercitó acción de nulidad de la partición (alegato tercero a) como que no se ejercitó (alegato primero), y todo ello procurando minimizar la importancia del dato incontestable de que D. Luis Andrés , el causante de los actores-recurrentes, quiso en vida que el piso fuera para las dos sobrinas de D^a Daniela que lo compraron mediante un contrato de compraventa cuya nulidad tampoco se pide por más que en el motivo se considere una consecuencia necesaria "de la propia acción ejercitada por esta parte", la cual tampoco llega nunca a identificarse con una mínima claridad.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de la parte demandante se funda en infracción, por no aplicación, de los arts. 675, 781 y 783 CC en relación con el art. 1.6 del mismo Cuerpo legal y en relación a su vez "con la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de julio de 1994, recurso nº 2169/91 ", y su objetivo es que se declare nula la ya mencionada enajenación por D^a Daniela de 60.120 acciones de la compañía Catalana Occidente adheriéndose a una oferta pública de venta. Según su alegato, el testamento de D. Luis Andrés vedaba "explícitamente" los actos de D^a Daniela a título gratuito; el caso sería idéntico al examinado por la citada sentencia de esta Sala de 1994; la interpretación del testamento por el tribunal sentenciador resultaría contraria a los arts. 675, 781 y 783 CC , así como a la doctrina de esta Sala; la enajenación de las 60.120 acciones no estuvo destinada a cubrir las necesidades de D^a Daniela sino a desviar por una "vía sinuosa" esa parte del patrimonio de D. Luis Andrés ; tal enajenación produjo unos efectos equivalentes a una disposición mortis causa de D^a Daniela a favor de sus propios sobrinos, pues el producto de aquélla, 429.316.920 ptas., pasó directamente a una cuenta corriente, y una cantidad similar era la que existía en dicha cuenta al fallecer D^a Daniela ; esta murió tan sólo cuarenta y cinco días después de vender las acciones, lo que vendría a confirmar que todo fue una "argucia formal" ideada por sus sobrinos en perjuicio de los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés ; pese a que D^a Daniela nunca fue incapacitada, una valoración conjunta de diversos indicios permitiría concluir que la enajenación de las acciones no fue un acto voluntario y consciente de aquélla, indicios que se van exponiendo a continuación; y en fin, la enajenación debe ser declarada nula "en cuanto realizada fraudulentamente, burlando la voluntad del testador y en beneficio exclusivo de los sobrinos y herederos de la fiduciaria".

Así planteado, también este motivo debe ser desestimado, fundamentalmente por partir de unas premisas erróneas sobre la verdadera voluntad testamentaria de D. Luis Andrés y sobre la similitud del caso ahora enjuiciado con el examinado por la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 , así como por soslayar los hechos que la sentencia recurrida declara probados para, en cambio, dar por sentados otros hechos distintos que convienen a la tesis de la parte recurrente.

En cuanto a la verdadera voluntad del testador D. Luis Andrés , el art. 675 CC, primero de los que se citan como infringidos en el motivo, no autoriza en modo alguno la interpretación que propone la parte recurrente subordinando los intereses de la fiduciaria D^a Daniela a los de los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés . Ante todo debe señalarse que no es cierto lo afirmado en el motivo sobre la prohibición explícita de actos dispositivos a título gratuito por D^a Daniela , pues a lo sumo podría deducirse una prohibición implícita por autorizársela expresamente para enajenar los bienes "por título oneroso" mientras se guarda silencio sobre las disposiciones a título gratuito. En cualquier caso, lo determinante es que el testamento de D. Luis Andrés no sólo relevaba en su cláusula segunda a D^a Daniela de inventario y fianza sino que además, en su cláusula tercera , la facultaba para vender los bienes, "permutarlos o enajenarlos por título oneroso y transformarlos, disponiendo de todos, o parte, de los bienes, como si fuesen propios de ella, haciendo suyo el producto de lo enajenado"; a lo que se añadía, en párrafo aparte de la misma cláusula, que en las disposiciones de los bienes D^a Daniela "no precisará alegar, ni probar, necesidad o conveniencia" y, en otras cláusulas, el nombramiento de la propia D^a Daniela como albacea y la designación de un contador-partidor que sólo intervendría si D^a Daniela o cualquiera de los interesados le requiriera para ello, así como la exclusión de partición hasta el fallecimiento de D^a Daniela salvo que ésta la exigiera antes.

Resulta así, en primer lugar, que se excluía inequívocamente la subrogación real o sustitución de los bienes heredados de D. Luis Andrés por aquellos (dinero u otros bienes) que D^a Daniela obtuviera al enajenarlos, circunstancia que por sí sola aleja ya notablemente el caso ahora enjuiciado del examinado por la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 , cuyo fundamento jurídico cuarto constataba una parquedad del testamento que aquí no se da y que en aquel caso generaba dudas sobre la amplitud de las facultades dispositivas de la fiduciaria, hasta el punto de llegar entonces esta Sala a la conclusión de que en realidad sí había subrogación real.

Resulta también, en segundo lugar, que los términos del testamento independizaban las plenas facultades dispositivas de D^a Daniela por título oneroso no sólo de cualquier razón de necesidad sino incluso de cualquier



razón de mera conveniencia de la misma, lo que supone tanto como que tales facultades se concedieron por el testador incondicionalmente. En consecuencia son irrelevantes superfluos los argumentos del motivo sobre si D^a Daniela tenía o no necesidad de vender las acciones.

Y resulta asimismo, en tercer lugar, que cualquier duda interpretativa, en cualquier caso más imaginaria que real dada la claridad de las propias palabras del testamento, quedaba despejada por su comparación con los otros testamentos de D. Luis Andrés que le precedieron, comparación que permite observar una progresiva preocupación de D. Luis Andrés por favorecer a su muerte, ante todo y sobre todo, a D^a Daniela, quedando sus sobrinos fideicomisarios en un muy segundo plano.

La conclusión de todo lo antedicho es que el motivo cae por su base, constituida por el art. 675 CC en relación con la voluntad del testador D. Luis María, pues no era voluntad de éste que D^a Daniela preservara bienes en beneficio de sus herederos fideicomisarios sino, acogiéndose del todo a la salvedad contemplada al final del párrafo segundo del art. 783 CC y elevando a su máxima expresión el propio concepto de "residuo", que sus herederos fideicomisarios recibieran al morir D^a Daniela únicamente aquello de lo que ésta, sin trabas de ningún tipo, no hubiera dispuesto a título oneroso.

De ahí que tampoco sea necesario en el examen de este motivo extenderse en otras consideraciones que también conducen a desestimarlos, como el que se atribuya una maniobra fraudulenta a D^a Daniela al tiempo que se cuestionan sus facultades mentales; intentar salvar esta contradicción dando por sentada una incapacidad real de D^a Daniela, aun no declarada judicialmente, en contra de lo que la sentencia recurrida declara probado, con lo cual se produce un nuevo alejamiento del caso resuelto por la ya citada sentencia de esta Sala de 1994, en cuyo fundamento jurídico primero se declara que la fiduciaria había sido declarada incapaz para regir su persona y bienes; invocar la doctrina jurisprudencial de esta Sala citando como exponente de la misma una sola sentencia; soslayar los hechos que la sentencia recurrida declara probados sobre la falta de iniciativa de D^a Daniela o de sus sobrinos en la enajenación de las acciones, impulsada en realidad desde la propia compañía emisora y propuesta a D^a Daniela por su Consejo de Administración; o en fin, construir la tesis del fraude sin preguntarse por qué entonces no vendió D^a Daniela la totalidad de las acciones de la misma compañía.

CUARTO.- Debiendo examinarse ahora, conforme a lo ya indicado al principio del fundamento jurídico segundo, el único motivo del recurso de la parte demandada, éste se funda en infracción del párrafo segundo del art. 783 CC en relación con el art. 675 del mismo Cuerpo Legal, así como de la doctrina legal establecida en las sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 1978, 13 de marzo de 1982, 22 de enero de 1969, 22 de marzo del mismo año y 10 de abril de 1985. Su tesis es que con la entrega de un determinado número de acciones de Catalana Occidente por los herederos de D^a Daniela a los herederos fiduciarios de D. Luis Andrés quedaron totalmente cumplidas las obligaciones de aquéllos porque las acciones de la compañía Occidente, canjeadas por otras tantas de la compañía Catalana Occidente, dejaron de pertenecer al fideicomiso al ser el canje equivalente a una permuta y, por tanto, haberlas enajenado D^a Daniela en vida dentro de sus facultades como fiduciaria.

Semejante planteamiento, sin embargo, no puede ser acogido y el motivo ha de ser desestimado. Aunque vulgarmente "canje" pueda identificarse con permuta, jurídicamente en cambio no puede equipararse a una permuta, con sus consiguientes efectos de enajenación equivalentes a los de la compraventa, el canje de las acciones de una sociedad que se extingue, mediante fusión por absorción, por otras tantas acciones de la sociedad absorbente. Para comprobarlo basta con examinar las normas contenidas en la Sección 2^a del Capítulo VIII de la LSA de 1989 y especialmente el art. 247, titulado "Continuidad en las participaciones", según el cual los socios de las sociedades extinguidas participaron en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones, norma coincidente con la contenida en el párrafo segundo del art. 142 LSA de 1951, vigente aún cuando se produjo la absorción de la compañía Catalana por la compañía Occidente. Lo que prevalece por tanto en el canje de acciones subsiguiente a una fusión societaria por absorción es precisamente lo contrario de lo que se propone en el motivo, pues sobre la enajenación propia de una permuta, que comportaría la pérdida de la condición de accionista de la sociedad emisora de las acciones que se entregaran a cambio de otras, se impone el interés del accionista de la sociedad que se extingue por continuar siendo accionista de la sociedad absorbente.

De ahí que las normas del Código Civil y la jurisprudencia que se citan como infringidas sean del todo insuficientes para lo que la recurrente pretende, pues la sentencia recurrida, bien es cierto que sin citar expresamente ninguna norma propia y especial del régimen de las sociedades anónimas, sí rechazaba el planteamiento de la parte demandada, entonces apelante, razonando sobre los derechos no sólo económicos que la acción confiere a su titular, de suerte que en el recurso de esta misma parte tendría que haberse contemplado mínimamente la normativa mercantil especial de las sociedades anónimas.



QUINTO.- Razonada la desestimación del único motivo del recurso de la parte demandada y reanudando por tanto el estudio del recurso de la actora, su motivo tercero se funda, como el segundo, en infracción de los arts. 675, 781 y 783 CC, así como de la doctrina jurisprudencial "de que se hace eco" la sentencia de 22 de julio de 1994, pero ahora para considerar que las 60.120 acciones de Catalana Occidente que permanecieron en poder de D^a Daniela, después de haber enajenado las otras 60.120, pertenecerían por entero al fideicomiso, de suerte que, entregadas por los herederos de D^a Daniela a los herederos fideicomisarios de D. Luis Andrés 36.144 acciones de dicha compañía, todavía estarían obligados a entregarles la diferencia hasta 60.120, es decir 23.976 títulos con sus frutos, dividendos de intereses desde el fallecimiento de la fiduciaria D^a Daniela.

En defensa de su tesis la parte actora-recurrente alega que así se respetaría la voluntad testamentaria de D. Luis Andrés, pues las 60.120 acciones enajenadas se imputarían al patrimonio propio y personal de D^a Daniela en cuanto recibidas en pago de su cuota ganancial; que se adoptaría así la solución también más ajustada a la naturaleza y finalidad del fideicomiso de residuo; y en fin, que "sólo así se obtiene una solución equitativa y justa para ambas estirpes".

Pues bien, tampoco este motivo puede ser estimado, ya que insiste en una interpretación del testamento de D. Luis Andrés que impone los intereses de sus herederos fideicomisarios sobre los de la fiduciaria D^a Daniela, interpretación cuyo rechazo ya se ha justificado al tratar del motivo segundo de este mismo recurso, o en un equilibrio entre los herederos fiduciarios de D. Luis Andrés y los herederos de D^a Daniela que, por más que se invoque la equidad, no resulta del testamento de D. Luis Andrés, cuya única interpretación posible, según la literalidad de sus cláusulas y con arreglo a los testamentos que le precedieron, es la de un prevalente beneficio de la fiduciaria D^a Daniela sobre un muy secundario interés de los herederos fideicomisarios, algunos de ellos muy favorecidos ya en vida de D. Luis Andrés mediante actos de disposición de éste a título gratuito.

Así las cosas, y como quiera que no había una identificación de las 120.240 acciones de Catalana Occidente en poder de D^a Daniela que permitiera distinguir las propias de ella en pago de su cuota ganancial de las recibidas como herencia de D. Luis Andrés en concepto de fiduciaria, confusión propiciada por circunstancias del todo ajenas a D^a Daniela, como fue la ya reseñada operación societaria de cuatro acciones por cada una, e incluso puesta de manifiesto por el notario en la escritura de 6 de julio de 1998, no hay razón jurídica alguna para entender que en una enajenación no debida a la iniciativa de D^a Daniela, en cuanto alentada desde la propia sociedad emisora de los títulos, el total de lo enajenado deba imputarse al patrimonio propio y personal de dicha fiduciaria.

SEXTO.- Finalmente, el cuarto y último motivo del recurso de la parte demandada, único pendiente ya de examinar, se funda en infracción de los arts. 1 y 7.1 CC en relación con el principio general del derecho y la doctrina jurisprudencial de los actos propios, contenida, entre otras muchas, en la sentencia de 21 de mayo de 2001, así como de los arts. 67, 781, 783 y 1138 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el fideicomiso de residuo contenida en la sentencia de 22 de julio de 1994 ya citada en otros motivos de este mismo recurso.

Lo pretendido ahora es que, subsidiariamente respecto de lo intentado en el motivo anterior, se condene a los demandados a entregar 23.402 acciones de Catalana Occidente porque, de no imputarse todas las enajenadas por D^a Daniela a su propio patrimonio, lo adecuado sería imputar la mitad a dicho patrimonio y la otra mitad al afecto al fideicomiso, solución que comporta, frente a la adoptada por la sentencia recurrida que imputó a cada masa patrimonial en proporción y por tanto más a la del fideicomiso, que de las no enajenadas queden más acciones de Catalana Occidente en concepto de residuo.

Como argumento principal se invoca el propio reconocimiento de la parte demandada de que las acciones enajenadas se imputaban por mitad a cada masa patrimonial, acto propio contra el que no podría ir la misma parte. Y a tal argumento se añaden otros como la falta de motivación de la sentencia recurrida en este punto; resultar la solución que aquí se propone más adecuada a la interpretación restrictiva de las facultades de la fiduciaria y al deber de conservación que se le impone; resultar asimismo más acorde con la voluntad testamentaria de D. Luis Andrés; ajustarse al principio de igualdad presente en los arts. 1061 y 1138 CC; y en fin, conseguirse así una paridad en el reparto entre ambas estirpes.

Pues bien, descartados estos argumentos añadidos al quedar desvirtuados por todo lo razonado hasta ahora sobre la verdadera voluntad del testador fiduciante D. Luis Andrés, sí debe acogerse en cambio el argumento principal de que conforme al art. 7.1 CC y a la doctrina de esta Sala sobre los actos propios, que en definitiva impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (SSTS 12-3-08, 21-4-06, 14-10-05 y 10-5-04 entre otras), la imputación de las 60.120 acciones debe hacerse por mitad y no en proporción, porque así lo reconocieron rotunda e inequívocamente los demandados al contestar a la demanda, afirmando en un párrafo del hecho sexto debidamente separado de los demás, y eliminando por tanto cualquier posible confusión o ambigüedad puesto que tal hecho sexto se dedicaba monográficamente a las acciones de



Catalana Occidente, que " las acciones vendidas se imputaron por mitad a las que eran privativas y propias de doña Daniela y la otra mitad a las que le pertenecían por herencia".

Se trata de una declaración expresa de los herederos de D^a Daniela sobre la voluntad de su causante cuando transmitió las acciones y asumiendo por tanto esa voluntad, de suerte que, confiada la parte contraria en ese acto propio y declarada por la sentencia de primera instancia la imputación por mitad precisamente porque no había sido controvertida, no debió la parte demandada recurrirla en apelación para que la imputación se hiciera en proporción.

Y es que, pese a las protestas de la parte demandada al oponerse a este motivo reprochando a la parte contraria una tergiversación de su contestación a la demanda por el método de aislar el párrafo antes transcrito, de suerte que en su opinión sería la parte actora la que estaría contraviniendo las exigencias de la buena fe al formular este motivo, lo cierto es que la lectura íntegra del escrito de contestación a la demanda no permite advertir ningún pasaje en el que se desmienta, cuestione o matice la inequívoca afirmación de la imputación por mitad, que tampoco queda desvirtuada por la circunstancia de que en dicha contestación acabara solicitándose la desestimación total de la demanda, pues esta petición no se fundaba en que la imputación no debiera hacerse por mitad sino en que 4.353 acciones de la compañía Occidente canjeadas por otras tantas de la compañía Catalana, que por la operación ya mencionada se multiplicarían por cuatro alcanzando el número de 17.142, habían quedado excluidas totalmente del fideicomiso, tesis esta última ya rechazada al tratar del único motivo del recurso de casación de la propia parte demandada.

SÉPTIMO.- La estimación de cuarto motivo del recurso de la parte actora determina, conforme al art. 487.2 LEC de 2000 , que se case en parte la sentencia recurrida para dejar sin efecto la estimación parcial del recurso de apelación de la parte demandada. Esto se traduce, en definitiva, en una confirmación de la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas en cuanto ajustado al art. 523 LEC de 1881 , aplicable a un juicio de mayor cuantía iniciado y resuelto en primera instancia bajo la vigencia de dicha ley procesal.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, sustanciada también por los trámites de la LEC de 1881 por estar aún vigente incluso cuando se dictó la sentencia apelada, debe aplicarse el párrafo segundo del art. 873 de dicha ley , correspondiente a las apelaciones de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía, y en consecuencia imponer las costas causadas por cada recurso de apelación no sólo a la parte actora, como ya disponía la sentencia recurrida, sino también a la parte demandada, pues su recurso de apelación tenía que haber sido asimismo desestimado.

OCTAVO.- Conforme al art. 398 LEC de 2000 procede imponer a la parte demandada las costas causadas por su recurso de casación y no imponer especialmente a ninguna de las partes las causadas por el recurso de casación de la parte actora.

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

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la parte demandada, representada ante esta Sala por la Procuradora D^a Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo e integrada por las personas ya mencionadas en el encabezamiento, contra la sentencia dictada con fecha 27 de noviembre de 2002 por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 288/01.

2º.- ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la misma sentencia por la parte actora, representada ante esta Sala por el Procurador D. Jesús Guerrero Laverat e integrada por las personas asimismo mencionadas en el encabezamiento.

3º.- CASAR EN PARTE LA SENTENCIA RECURRIDA para dejar sin efecto la estimación parcial del recurso de apelación de la parte demandada.

4º.- En consecuencia, CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, incluido su pronunciamiento sobre costas.

5º.- Imponer a cada una de las partes las costas causadas por su propio recurso de apelación.

6º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación de la parte actora.

7º.- E imponer a la parte demandada las costas causadas por su propio recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Román García Varela.-Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.-Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ