

Roj: **STS 4411/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:4411**Id Cendoj: **28079110012009100475**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/06/2009**Nº de Recurso: **2196/2003**Nº de Resolución: **469/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, por D. Cesar , D. Ezequias y Dª Casilda , representados por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández, contra la Sentencia dictada, el día 11 de julio de 2003, por la referida Audiencia en el rollo de apelación nº 386/2002, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Leganés, en los autos de menor cuantía 386/2002. Ante esta Sala comparecen el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de los recurrentes D. Cesar , D. Ezequias y Dª Casilda . Asimismo comparece la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de Dª Asunción y D. Alexander , en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Leganés, interpusieron demanda de juicio ordinario de menor cuantía, Dª. Asunción y D. Alexander , contra D. Cesar , D. Ezequias , Dª Casilda , Dª Lorenza , D. Gabriel , Dª María Luisa . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... en su día dicte sentencia en virtud de la cual se acuerde y declare:

1º.- *La determinación, previa rendición de cuentas por los demandados, del importe del fideicomiso de Residuo establecido a favor de los demandantes.*

2º.- *Aplicar el principio de la Subrogación de bienes en la presente sucesión fideicomisaria y en base a los postulados de la misma, estimar que las cantidades de dinero recibidas por el fiduciario que trajesen su causa del contravalor recibido por las Enajenaciones de fincas privativas de la fideicomitente, que hubiesen quedado a la muerte de D. Jesús Carlos , por no haber éste dispuesto de las mismas, en vida y a título oneroso, están afectas al Legado de Residuo establecido en favor de los actores.*

3º.- *Aplicar el principio de la Subrogación de bienes en la presente sucesión fideicomisaria y en base a los postulados de la misma, estimar que las cantidades de dinero recibidas por el fiduciario que trajesen su causa del primer pago de las Expropiaciones del DIRECCION002 , (cuyo importe minorado por los gastos acreditados, asciende a treinta y un millones novecientos setenta y siete mil pesetas.- 31.977.000.- Ptas.), que hubiesen quedado a la muerte de D. Jesús Carlos , por no haber éste dispuesto de las mismas, en vida y a título oneroso, están afectas al Legado de Residuo establecido en favor de los actores.*

4º.- *El derecho de los demandantes a recibir las cantidades procedentes de las Expropiaciones del DIRECCION002 , que hubiesen entrado en el Patrimonio del fiduciario, una vez fallecido éste. (Es decir, el segundo y tercer pago de dichas Expropiaciones que asciende a a setenta y dos millones ochocientos treinta y seis mil quinientas pesetas.- 72.836.500.- Ptas.).*



5º.- El derecho de los demandantes a recibir de los demandados todas las cantidades que estos hubiesen recibido de su tío Jesús Carlos , a título gratuito o por donación, cuyo origen procediese del contravalor recibido por la venta o expropiación del patrimonio de la testadora-fideicomitente.

6º.- Que estimándose las pretensiones de los puntos 1º a 5º, se condene a los demandados conjunta y solidariamente a entregar a los actores la totalidad de las cantidades referidas en dichos apartados, así como los bienes y derechos que hubieren obtenido en contraprestación de dichas cantidades.

7º.- Que deberán formar parte del instituido fideicomiso de residuo, la mitad de los siguientes inmuebles que con la condición de gananciales fueron adquiridos por Jesús Carlos (en su doble condición de titular-conyugal y titular-heredero), y que, por tanto, forman parte del fideicomiso instituido por la testadora sobre todos sus bienes:

a)- Un piso en Leganés, sito en CALLE000 nº NUM000 , planta NUM000 , letra " NUM001 ", descrito en el apartado I del Cuaderno particional aportado como DOC. Nº 6,

b)- Un piso en Gandía (Valencia), sito en el PASEO000 o DIRECCION000 , de la PLAYA000 , vivienda derecha del piso NUM000 , puerta NUM002 , hoy NUM000 , tipo " NUM001 ", del Bloque NUM002 , descrito en el apartado III del Cuaderno particional aportado como DOC. Nº SEIS.

c)- La plaza de garaje señalada con el Nº NUM003 de la NUM002 planta de sótano de la edificación compuesta de cuatro casas y dos plantas de sótano destinadas a garaje, señalada con el número seis de la Plaza de los Mártires en Leganés, descrita como ganancial en el apartado II del meritado Cuaderno Particional. Acordándose judicialmente la partición y entrega de dichos bienes a los demandantes.

8º.- Que se declare y reconozca como finca privativa de la fideicomitente, la FINCA QUE APARECE COMO GANANCIAL DESCRITA EN EL APARTADO IV DEL CUADERNO PARTICIONAL QUE SE ACOMPAÑA COMO DOC. Nº 2.

9º.- Comunicar dicha sentencia al Juzgado de Instrucción nº 5 de Leganés, a los efectos oportunos y respecto a las Diligencias Previas 368/97.

10º.- La imposición a los demandados de las Costas de este Procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Cesar , D. Ezequias , Dª Casilda , Dª Lorenza , D. Gabriel y Dª María Luisa , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...dicte Sentencia en su día por la que se desestimé la demanda íntegramente con imposición de costas a la parte demandante".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Leganés dictó Sentencia, con fecha 6 de septiembre de 1999 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda presentada por el Procurador Sr. Pintado Torres, en nombre y representación de Dña. Asunción y D. Alexander , contra D. Pedro Antonio , D. Ezequias , Dña. Casilda , Dña. Lorenza , D. Gabriel y Dña. María Luisa , representados por la Procuradora Sra. Ruiz Resa, debo declarar y declaro:

1º) Que los demandados deberán rendir cuentas a los actores para que se determine el importe del fideicomiso de residuo que se estableció a su favor por Dña. Josefina .

2º) Que las cantidades de dinero que el fiduciario D. Jesús Carlos recibió como contravalor de las fincas privativas de su esposa, que quedaron a la muerte del Sr. Jesús Carlos y de las que éste no dispuso en vida y a título oneroso están afectas al legado de residuo establecido en favor de los actores.

3º) Que las cantidades de dinero recibidas por el primer pago de treinta y un millones novecientos setenta y siete mil pesetas (31.977.000 ptas.) por las expropiaciones de DIRECCION002 y que quedaron a la muerte del Sr. Jesús Carlos por no haber dispuesto de la misma en vida y a título oneroso, están afectas al legado de residuo establecido a favor de los actores.

4º) Que los actores deberán recibir la cantidad total de setenta y dos millones ochocientos treinta y seis mil quinientas pesetas (72.836.500 ptas.) correspondientes al segundo y tercer pago aplazado de la expropiación forzosa de las fincas de DIRECCION002 que entraron en el patrimonio del fiduciario con posterioridad a su muerte.

5º) Se reserva a los actores las acciones civiles correspondientes para reclamar en el procedimiento correspondiente a Dña. María Luisa la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 ptas.) recibidas en vida de su tío D. Jesús Carlos , por donación a título gratuito del mismo.



6º) Que por su carácter de gananciales deberán formar parte del fideicomiso de residuo establecido por Dña. Josefina los siguientes bienes: a) Piso en Leganés, CALLE000 núm. NUM000 , planta NUM000 , letra NUM001 , que se describe en el apartado I del cuaderno particional aportado como documento núm. 6 por los actores; b) Piso en Gandía (Valencia), sito en el PASEO000 o DIRECCION000 , de la PLAYA000 , piso NUM000 , vivienda derecha, puerta NUM002 , hoy primer, tipo NUM001 , bloque NUM002 , descrito en el apartado III del documento núm. 6 aportado por los actores, c) Plaza de garaje núm. NUM003 de la NUM002 planta sótano de la edificación compuesta de cuatro casas y dos plantas de sótano, destinadas a garaje señalada con el número NUM008 de la PLAZA000 de Leganés, que se describe en el apartado II del citado documento núm. 6.

7º) Que es finca privativa de la fideicomitente la finca descrita en el apartado IV del cuaderno particional (documento núm. 2 de la demanda) que se describe como: Tierra en término municipal de Leganés, al sitio DIRECCION001 , de caber cinco fanegas, cinco celemines y trece estadales, equivalentes a una hectárea ochenta y seis áreas y cincuenta centiáreas, linda: al norte, tierra de herederos de Valeriano , Este otra que fue DIRECCION001 , Sur, la de Pedro Francisco y Oeste Raya de Fuenlabrada. Figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Leganés, al Tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 , finca registral nº NUM007 , inscripción 9ª.

8º) Notifíquese la presente sentencia al Juzgado de Instrucción nº cinco de los de Leganés, a fin de que surta los efectos oportunos en las diligencias previas 368/98.

9º) Se condena conjunta y solidariamente a todos los demandados al pago de la totalidad de las costas causadas en este procedimiento".

La representación de los actores, presentó escritos solicitando la aclaración de Sentencia, dictándose con fecha 13 de septiembre de 1999 , auto de aclaración que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Que debía admitir y admitía las aclaraciones y rectificaciones solicitadas por lo que los apartados 3, 4 y 5 de la sentencia de seis de septiembre de 1999 , recaída en los presentes autos, deberán quedar del siguiente tenor literal:

3º) Que las cantidades de dinero recibidas por el primer pago de treinta y un millones novecientos setenta y siete mil pesetas (31.977.000 ptas.) por las expropiaciones de DIRECCION002 y que quedan a la muerte del Sr. Jesús Carlos por no haber dispuesto de la misma en vida y a título oneroso, están afectas al legado de residuo establecido a favor de los actores, respondiendo solidariamente de dicha cantidad todos los demandados, los cuales responderán igualmente de los bienes y derechos que hayan podido obtener como contraprestación por cantidades que tuvieran dicho origen, para lo que se reserva a la parte actora las acciones correspondientes.

4º) Que los actores deberán recibir la cantidad total de setenta y dos millones ochocientos treinta y seis mil quinientas pesetas (72.836.500 ptas.) correspondientes al segundo y tercer pago aplazado de la expropiación forzosa de las fincas de DIRECCION002 que entraron en el patrimonio del fiduciario con posterioridad a su muerte. Respondiendo solidariamente de dicha cantidad todos los demandados, los cuales responderán igualmente de los bienes y derechos que hayan podido obtener como contraprestación por cantidades que tuvieran dicho origen, para lo que se reserva a la parte actora las acciones correspondientes.

5º Se reserva a los actores las acciones civiles correspondientes para reclamar en el procedimiento correspondiente a Dña. Lorenza la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 ptas.) recibidas en vida de su tío D. Jesús Carlos , por donación a título gratuito del mismo".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Cesar y otros. Sustanciada la apelación, la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 11 de julio de 2003 , con el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de apelación presentado por D. Cesar , D. Ezequias y Dª Casilda , contra la sentencia dictada con fecha 6 de septiembre de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Leganés (Madrid) y auto de 13 de septiembre de 1999 , confirmando íntegramente dichas resoluciones, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada".

TERCERO. Anunciados recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por D. Cesar , D. Ezequias y Dª Casilda , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo representados y dichos recurrentes representados por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Aguilar Fernández interpusieron el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, articulándolo en los siguientes motivos:

Único: Se formula al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley 1/2000 , por infracción de normas procesales reguladoras de la Sentencia, en relación con el art. 209.4 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El Recuso de Casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:



Primero: Se formula al amparo del motivo único del artículo 477.1 de la Ley 1/200 , invocando la infracción del artículo 1301 y 1309 del Código Civil , y en concreto el artículo 1076 del mismo Código en orden a la acción rescisoria por causa de lesión, en relación con el art. 1299 de dicho Código .

Segundo: Se formula al amparo del motivo único del art. 477.1 de la Ley 1/2000 , invocando la infracción del art. 1170, párrafo segundo, del Código Civil .

Tecero: Se formula al amparo del motivo único del art. 477.1 de la Ley 1/2000 , invocando la infracción del art. 781 y 783 del Código Civil .

Cuarto: Por infracción de lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981 , en cuanto se imponen las costas de la primera instancia a esta parte, no obstante cuando no se estima la totalidad del Suplico de la demanda.

Por resolución de fecha 30 de septiembre de 2003, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de D. Cesar , D. Ezequias y D^a. Casilda , en concepto de recurrentes. Asimismo se personó la Procuradora D^a Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de D^a Asunción y D. Alexander , en concepto de recurridos.

Por Auto de fecha 8 de septiembre de 2008 , aclarado por Auto de fecha 27 de enero de 2009 la Sala acuerda:

"HA LUGAR A LA ACLARACIÓN del Auto de 8 de septiembre de 2008 , solicitada por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de D. Cesar , D. Ezequias y D^a Casilda , así como por la Procuradora D^a Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de D^a Asunción y D. Alexander , y por la misma parte dispositiva será del siguiente tenor:

1º) NO ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de D. Cesar , D. Ezequias y D^{ña}. Casilda contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de julio de 2003, por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21^a bis) en el rollo de apelación nº 386/2002, dimanante de los autos de juicio de Menor Cuantía 316/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Leganés. Y NO ADMITIR EL MOTIVO CUARTO DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la misma representación procesal contra la misma sentencia antes dicha.

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la indicada representación procesal contra la referida Sentencia en cuanto a las infracciones denunciadas en sus MOTIVOS PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO".

Conferido traslado la Procuradora D^a Carmen Madrid Sanz, presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario, y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el tres de junio de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos probados son los siguientes:

1º D^a Josefina , tía de los demandantes, D^a Asunción y D. Alexander , falleció en Leganés el 2 octubre 1984, sin dejar hijos ni descendientes. En su testamento de 8 mayo 1981 nombró heredero a su esposo en la siguiente cláusula. *"Instituye heredero a su marido D. Jesús Carlos , quien podrá disponer libremente por actos intervivos a título oneroso de los bienes que herede, pero no podrá disponer por actos intervivos a título gratuito, ni por actos mortis causa"* . Añadía que "en el residuo de que no hubiera dispuesto instituye legatarios por partes iguales a sus sobrinos D. Alexander y D^a Asunción ". D. Jesús Carlos aceptó la herencia y otorgó un "cuaderno particional".

2º El esposo D. Jesús Carlos falleció el 28 noviembre 1995, habiendo otorgado testamento el mismo día que su esposa D^a Josefina , en el que la nombraba heredera con la misma cláusula que se ha reproducido y para después de la muerte de la heredera, legaba tres cuartas partes de su herencia a sus sobrinos D. Cesar , D. Ezequias y D^a Casilda y una cuarta parte a sus otros sobrinos D. Gabriel y D^a Lorenza y D^a María Luisa .

3º En el mes de mayo de 1993, D. Jesús Carlos había conferido poder general a su sobrino D. Cesar .

4º Una de las fincas que formaban parte del caudal hereditario, la conocida con el nombre de DIRECCION002 , fue expropiada por el Ayuntamiento de Leganés, firmando las actas de ocupación y pago en nombre de D.



Jesús Carlos su sobrino y apoderado D. Cesar . El precio de la expropiación consistió en la atribución de metros cuadrados edificables, que fueron cedidos el 23 noviembre 1994 a la sociedad Gestión y Desarrollo Cooperativo, S.L., quien efectuó un primer pago; los otros dos pagos estaban pendientes en el momento de la muerte de D. Jesús Carlos , acaecida el 28 de noviembre de 1995. Se habían emitido unas letras de cambio en pago de los otros dos plazos acordados. El apoderado y sobrino D. Cesar cobró estas cantidades, que no se incluyeron en el patrimonio relicto de D. Jesús Carlos .

5º Dª Asunción y D. Alexander , legatarios fideicomisarios de Dª Josefina , demandaron a D. Cesar , D. Ezequias , Dª Casilda , Dª Lorenza y D. Gabriel y Dª María Luisa , alegando los hechos anteriormente reseñados y pidieron, en lo que atañe a este recurso: a) Aplicar el principio de la Subrogación de bienes en la sucesión fideicomisaria y estimar que las cantidades de dinero recibidas por el fiduciario que trajesen su causa del contravalor percibido por las enajenaciones de fincas privativas de la fideicomitente, que hubiesen quedado a la muerte de D. Jesús Carlos , por no haber éste dispuesto de las mismas, en vida y a título oneroso, estaban afectas al Legado de Residuo establecido en favor de los actores; b) Aplicar el principio de la Subrogación de bienes, estimando que las cantidades de dinero recibidas por el fiduciario que trajesen su causa del primer pago de las Expropiaciones del DIRECCION002 , que hubiesen quedado a la muerte de D. Jesús Carlos , por no haber éste dispuesto de las mismas, en vida y a título oneroso, estaban afectas al Legado de Residuo establecido en favor de los actores; c) El derecho de los demandantes a recibir las cantidades procedentes de las Expropiaciones del DIRECCION002 , que hubiesen entrado en el Patrimonio del fiduciario, una vez fallecido éste; d) condenar a los demandados solidariamente a entregar a los actores la totalidad de las cantidades referidas, así como los bienes y derechos que hubieren obtenido en contraprestación de dichas cantidades y, finalmente, e) que se declarara como finca privativa de la fideicomitente, la que aparece descrita como ganancial en el apartado IV del denominado cuaderno particional.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Leganés, de 6 septiembre 1999 , estimó la demanda. Interpretó la cláusula reproducida como un fideicomiso de residuo y en relación a las peticiones efectuadas decidió lo siguiente: a) la finca denominada " DIRECCION001 ", sita en el término de Leganés tenía carácter privativo de la esposa, a pesar de que figuraba como ganancial en el cuaderno particional; b) señaló que en virtud de la cláusula de institución, D. Jesús Carlos "si bien podía vender, aunque fuese por expropiación una serie de fincas, y de ese dinero gastar lo que fuese en su propio provecho o sustento, jamás, ni él ni persona interpuesta, en este caso su representante legal (sic) y sobrino, el Sr. Ezequias , podían disponer del dinero sobrante, que tenía que acrecer la herencia de los fideicomitentes (sic), los hermanos Alexander ", de modo que al haber percibido las cantidades el Sr. Ezequias no se había cumplido la obligación propia del fideicomiso de residuo, que es la rendir cuentas y ello aunque no aparezca en la normativa del Código civil; c) que no ha quedado demostrado que la entrega de una cantidad a una de las demandadas, Dª Lorenza , proviniera de los bienes fideicomitados, y d) que en los demás bienes que se vendieron por parte del fiduciario D. Jesús Carlos , "se vuelve a producir la subrogación real pues si el Sr. Jesús Carlos podía disponer en vida y a título lucrativo (sic) de la totalidad de los bienes de la herencia, no podía ni por él ni por medio de persona interpuesta trasvasar a su patrimonio la totalidad del de la premuerta y mucho menos una persona que solo era representante legal (sic) y cuando ya no existía esa representación legal (sic) por fallecimiento del poderdante, puede disponer libremente de unos bienes que no pertenecen al acervo del fiduciario, sino que éste y por voluntad expresa del fideicomisario [sic debe decir fideicomitente] debe transmitirlos a los fideicomitentes [debe decir fideicomisarios]" . Accedía, por tanto, a lo pedido en la demanda, aunque a continuación se pronunció un auto de aclaración, que se resume a continuación: "3º) Que las cantidades de dinero recibidas por el primer pago de treinta y un millones novecientos setenta y siete mil pesetas (31.977.000 ptas.) por las expropiaciones de DIRECCION002 y que quedaron a la muerte del Sr. Jesús Carlos por no haber dispuesto de la misma en vida y a título oneroso, están afectas al legado de residuo establecido a favor de los actores, respondiendo solidariamente de dicha cantidad todos los demandados, los cuales responderán igualmente de los bienes y derechos que hayan podido obtener como contraprestación por cantidades que tuvieran dicho origen, para lo que se reserva a la parte actora las acciones correspondientes. 4º) Que los actores deberán recibir la cantidad total de setenta y dos millones ochocientos treinta y seis mil quinientas pesetas (72.836.500 ptas.) correspondientes al segundo y tercer pago aplazado de la expropiación forzosa de las fincas de DIRECCION002 que entraron en el patrimonio del fiduciario con posterioridad a su muerte. Respondiendo solidariamente de dicha cantidad todos los demandados, los cuales responderán igualmente de los bienes y derechos que hayan podido obtener como contraprestación por cantidades que tuvieran dicho origen, para lo que se reserva a la parte actora las acciones correspondientes. 5º) Se reserva a los actores las acciones civiles correspondientes para reclamar en el procedimiento correspondiente a Dna. Lorenza la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 ptas.) recibidas en vida de su tío D. Jesús Carlos , por donación a título gratuito del mismo."

7º Los demandados apelaron esta sentencia. La de la sección 21 bis de la AP de Madrid, de 11 julio 2003 , desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de 1ª Instancia, que había estimado la demanda.



El primer motivo se refiere a si era o no privativa de la causante D^a Josefina la DIRECCION001 " y si el Juzgado tenía competencia para declarar tal calidad; la sentencia ahora recurrida señala que nada impide dicha declaración. En relación a si pertenecen o no a los fideicomisarios las cantidades pagadas por la cesión de los derechos de edificación a Gestión y Desarrollo Cooperativo S.L., se dice que si bien, aplicando el art 1170 CC , hasta que "no tenga lugar el cobro no podrá considerarse extinguida la deuda", la entrega de las letras constituyó un derecho de crédito que se integró en el patrimonio del fiduciario, S. Jesús Carlos "en aplicación del principio de subrogación real en el fideicomiso de residuo y que [...]estaba sustituyendo la titularidad de las fincas transmitidas al fiduciario, de modo que los fideicomisarios tienen derecho a recibir ese dinero tras el fallecimiento del Sr. Jesús Carlos , y no los herederos de éste" , pues "[...] el ya mentado principio de subrogación real impone que el dinero conservado a su muerte por el fiduciario, fruto de la enajenación a título oneroso de las fincas recibidas en fideicomiso, sustituye a éstas y debe entregarse a los fideicomisarios designados por la testadora fideicomitente, como pretenden los demandantes y estimó la sentencia de instancia, que por ello debe confirmarse".

D. Cesar , D. Ezequias , D^a Casilda interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El auto de esta Sala de 8 septiembre 2008, aclarado por el de 27 enero 2009 , decidió no admitir el recurso extraordinario y admitir los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación.

SEGUNDO. El *motivo primero* denuncia la infracción de los arts 1301 y 1309 CC, 1076 CC, en orden a la acción rescisoria por causa de lesión, en relación con el Art. 1299 CC . Señala que si existió un error en la declaración del carácter ganancial del bien, procedía haber ejercitado la acción de nulidad del Art. 1701 CC [querrá decir 1301CC] por error y ello al margen de que al haberse ratificado la condición de ganancial en la segunda escritura de partición, cesa la nulidad por dicho error. Además, se debería haber ejercitado la acción de rescisión por lesión en la partición, así como que nunca se ha pedido en la demanda la nulidad de los documentos en que se declara dicha finca como ganancial.

El motivo se desestima.

Los recurrentes pretenden que no es correcta la declaración de la sentencia recurrida acerca de la cualidad privativa de un bien existente en la herencia de la causante D^a Josefina . El Art. 1361 CC establece la presunción de ganancialidad, que permite evitar la prueba sobre la cualidad de un bien adquirido constante matrimonio; pero la presunción admite la prueba en contrario. Hay que ver, por consiguiente, si en este caso se ha destruido la citada presunción.

La calidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges (salvo el caso del Art. 1324 CC), sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges. En el denominado "cuaderno particional" otorgado por el heredero fiduciario D. Jesús Carlos , se declaraba que uno de los bienes, el ahora discutido, era ganancial, lo que, según se expresa en la sentencia recurrida, resultaba incorrecto a partir del examen de la prueba, al haber sido adquirido por la esposa en virtud de un contrato de permuta con un bien propio. Por ello se ha destruido la presunción de ganancialidad y debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 1346.3 CC , que declara privativos aquellos bienes adquiridos "a costa o en sustitución de los bienes privativos", de modo que se incluye tanto la subrogación real, como la permuta. Probado el contrato en cuestión, lo único que hace la sentencia recurrida es declarar la naturaleza del bien, de acuerdo con las normas aplicables, que no pueden ser cambiadas más que por las declaraciones de los cónyuges en los negocios jurídicos que puedan efectuar o cuando cambien de régimen económico matrimonial, pero no es posible mantener la declaración unilateral de uno de ellos en un inventario de bienes otorgado después de la muerte de la propietaria, porque no pueden alterarse de esta manera las reglas que rigen el régimen de bienes.

Además, dejando aparte la poca claridad que presenta la petición efectuada en este motivo relativa a la rescisión por lesión de la partición, se supone que de los bienes gananciales, resulta una cuestión nueva, prohibida en casación, por lo que también por esta causa es rechazable este primer motivo.

TERCERO. El *motivo segundo*, denuncia la infracción del Art. 1170 CC . Sostienen los recurrentes una tesis distinta a la mantenida en la sentencia recurrida en relación con el pago por medio de letras de cambio, por lo que habiéndose incorporado las letras al patrimonio el día de la expedición, es decir, el 23 noviembre 1994, es obvio que se había ya consumado el pago, aunque se pagaran posteriormente. No existe el crédito, porque el importe de las letras, en aplicación del Art. 1170 CC , entró en el patrimonio de D. Jesús Carlos desde el momento de su expedición y no de su pago.

El motivo se desestima.

El Art. 1170.2 CC establece que "la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados [...]". En el artículo que se considera infringido se establece una regla que permite utilizar como instrumento de pago, el título valor



o, en este caso, las letra de cambio; sin embargo, el mismo Art. 1170 CC se preocupa de establecer los efectos que va a tener esta forma de pago: no se produce la liberación del deudor hasta que hayan sido efectivamente realizados, de modo que se entregan *pro solvendo* y no se produce una dación en pago, a no ser que conste de manera clara la voluntad de las partes en sentido de haberse acordado una entrega *pro soluto*; solo una vez realizado el título se producen los efectos del pago. La jurisprudencia ha venido confirmando esta interpretación del art 1170 CC , cuya infracción se alega. Efectivamente, la sentencia de 1 julio 2002 dice que "[...]el pago efectuado mediante la entrega de pagarés, letras de cambio, cheques u otros documentos mercantiles, conforme al párrafo segundo del Art. 1170 CC , constituye una modalidad del pago que solo produce efectos de pago, cuando hubieren sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado[...]. El referido precepto no atribuye plena eficacia liberatoria a la mera entrega de tales efectos, en cuanto no se acredite su total realización".

Por ello, hay que señalar que D. Jesús Carlos era titular de un derecho de crédito a su fallecimiento, que se incorporó al patrimonio fideicomitido, correspondiendo a los legatarios por no haber sido dispuesto en el momento de la muerte del fiduciario. El crédito sustituyó la finca expropiada y por ello debe aplicarse el principio de subrogación, como han efectuado de forma acertada las sentencias recaídas en el presente litigio.

CUARTO. El *tercer motivo* denuncia la infracción de los arts 781 y 783 CC . Se funda en la diferencia de valor entre la finca recibida en el momento de la muerte de la propietaria D^a Josefina y el que tiene a la muerte del fiduciario, lo que según los recurrentes supone un enriquecimiento injusto para los fideicomisarios, ya que si bien el fiduciario está obligado a entregar la herencia, podría deducir lo que corresponda por mejoras, de modo que debería declararse que dichas mejoras sí fueron debidas a la actividad del fiduciario Sr. Jesús Carlos , por lo que han de computarse sobre la valoración de los bienes

El motivo no se estima.

En primer lugar lo planteado por los recurrentes es una cuestión introducida de nuevo en la casación, por lo que no es aceptable admitirla en virtud del principio de congruencia.

En segundo lugar debe recordarse a los recurrentes que los fideicomisarios son sucesores de la causante/fideicomitente (por ejemplo, STS de 14 marzo 2003), y ello trae como consecuencia que no se produzca ningún enriquecimiento por su parte al adquirir los bienes sujetos a fideicomiso con el valor que tienen en el momento de la delación a su favor, porque adquieren los bienes de la causante tal como se encontraban en aquel momento y los aumentos y disminuciones de su valor acrecen al propietario. Es cierto que en el caso de que dichos aumentos sean debidos a mejoras efectuadas por el fiduciario, el Art. 783 CC establece que deben deducirse, pero para que esto pueda ocurrir se requiere: a) que dichas mejoras hayan sido debidas a la actividad del propio fiduciario, excluyéndose los aumentos debidos a circunstancias externas (p.e. el aumento de valor debido a las oscilaciones del valor monetario); b) que subsistan en el momento de la delación del fideicomiso a los fideicomisarios, y c) se hayan efectuado por el fiduciario a su cargo (así, por ejemplo, el art. 426-47 del Código civil de Catalunya). Todos estos requisitos no se dan en el presente litigio, en que ni siquiera se ha probado que las mejoras ahora reclamadas se hayan producido en la realidad.

En tercer lugar, porque en materia de expropiación, no se puede aplicar la teoría del fideicomiso de residuo tal como la plantean los recurrentes, porque se trata de una venta forzosa en la que el fiduciario, sea del tipo que sea, siempre tiene facultades de disponer, pero los bienes recibidos a cambio siguen afectados por el gravamen fideicomisario, de acuerdo con el tipo de fideicomiso de que se trate.

Finalmente, es indiscutible que nos hallamos ante un fideicomiso de residuo, que la jurisprudencia ha considerado incluido en la definición del Art. 781 CC (SSTS de 7 noviembre 2008 y 28 enero 2009 , entre otras), por lo que esta disposición no ha sido vulnerada y menos en el sentido que le atribuyen los recurrentes.

QUINTO. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Cesar , D. Ezequias y D^a Casilda determina la de su recurso de casación.

Con relación a las costas originadas por este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC/2000 , que se remite al Art. 394 LEC , corresponde imponerlas a los recurrentes.

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Cesar , D. Ezequias y D^a Casilda contra la sentencia dictada por la sección 21ª bis de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 julio 2003 en el rollo de apelación nº 386/2002.



2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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 CENDOS