



Roj: **SAP M 11588/2010 - ECLI:ES:APM:2010:11588**

Id Cendoj: **28079370122010100318**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **22/06/2010**

Nº de Recurso: **839/2008**

Nº de Resolución: **425/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA OREJAS VALDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

MADRID

**SENTENCIA: 00425/2010**

ROLLO Nº: 839/08

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº.2 DE MAJADAHONDA

AUTOS: 604/05 (ORDINARIO)

DEMANDANTES-APELANTES: D. Jose Luis , Dª. Sonia , Dª. Valle , Dª. Marí Luz , Dª. María Rosario , D. Juan Carlos Y Dª. Antonieta .

PROCURADOR: Dª. PALOMA VILLAMANA HERRERA

DEMANDANTES-APELANTES: Dª. Berta , D. Agapito , D. Amadeo .

PROCURADOR: D. ANTONIO RODRIGUEZ NADAL

DEMANDANTES-APELADOS-INCOMPARECIDOS: Dª. Marisol , D. Gaspar , D. Humberto , Dª. Ramona , D. Jorge , Dª. Santiago , D. Lorenzo , Dª. Virginia , Dª. María Rosa , D. Nicolas , Dª. Africa , D.

Plácido , D. Roman , D. Secundino , D. Teodosio , Dª. Bibiana , D. Jose Ignacio , D. Carlos María , Dª. Esmeralda , D. Jesús María ,

Dª. Genoveva , D. Ambrosio , D. Arsenio , D. Benjamín , Dª.

Lorena , Dª. Marisa , D. Claudio , D. Dionisio , Dª. Paulina , D. Estanislao , Dª. Ruth , D. Felipe , Dª. Tomasa .

DEMANDADA-APELADA: Dª. María Esther

PROCURADOR: D. ANTONIO GARCÍA DÍAZ

PONENTE: ILMA. SRA. DÑA. MARGARITA OREJAS VALDÉS.

SENTENCIA Nº. **425/2010**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE VICENTE ZAPATER FERRER

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª. MARGARITA OREJAS VALDÉS

En MADRID, a veintidós de junio de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 12ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 604/2005, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº. 2 de MAJADAHONDA, a los que ha correspondido el Rollo **839/2008**, seguido entre partes, de una como



parte Demandante-Apelante D. Jose Luis , D<sup>a</sup>. Sonia , D<sup>a</sup>. Valle , D<sup>a</sup>. Marí Luz , D<sup>a</sup>. María Rosario , D. Juan Carlos Y D<sup>a</sup>. Antonieta representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARIA DE LA PALOMA VILLAMANA HERRERA, así como D<sup>a</sup>. Berta , D. Agapito , D. Amadeo representados por el Procurador D. ANTONIO RODRIGUEZ NADAL; de otra como parte Demandante-Apelada- Incomparecida D<sup>a</sup>. Marisol , D. Gaspar , D. Humberto , D<sup>a</sup>. Ramona , D. Jorge , D<sup>a</sup>. Santiago , D. Lorenzo , D<sup>a</sup>. Virginia , D<sup>a</sup>. María Rosa , D. Nicolas , D<sup>a</sup>. Africa , D. Plácido , D. Roman , D. Secundino , D. Teodosio , D<sup>a</sup>. Bibiana , D. Jose Ignacio , D. Carlos María , D<sup>a</sup>. Esmeralda , D. Jesús María , D<sup>a</sup>. Genoveva , D. Ambrosio , D. Arsenio , D. Benjamín , D<sup>a</sup>. Lorena , D<sup>a</sup>. Marisa , D. Claudio , D. Dionisio , D<sup>a</sup>. Paulina , D. Estanislao , D<sup>a</sup>. Ruth , D. Felipe , D<sup>a</sup>. Tomasa ; y de otra como parte Demandada-Apelada D<sup>a</sup>. María Esther representada por el Procurador D. ANTONIO FRANCISCO GARCIA DIAZ, sobre ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE CANCELACIÓN DEL DERECHO FIDECOMISARIO, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARGARITA OREJAS VALDÉS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JUZGADO DE 1<sup>a</sup>. INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N<sup>o</sup>. 2 de MAJADAHONDA se dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2007 , cuyo fallo fue el siguiente: "Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el procurador D. Esteban Muñoz Nieto en nombre y representación de D. Jose Luis y otros, todos ellos titulares de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Las Rozas de Madrid con los números 28.992 a 29.007, 29.009 a 29.013 y 29.015 a 29.031 contra D<sup>a</sup>. María Esther . Debo condenar y condeno a los demandantes al pago de las costas causadas en el proceso."

Dicha Sentencia fue aclarada por Auto de fecha 13 de junio de 2007 cuya parte dispositiva dice: "Acuerdo aclarar la sentencia de juicio ordinario de fecha 9 de febrero de 2007 en el sentido de suprimir de la misma toda mención a las fincas registrales n<sup>o</sup> NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 , todas ellas fincas registrales del Registro de la propiedad de Las Rozas."

Notificada dichas resoluciones a las partes, por la representación procesal de los Demandantes D. Jose Luis , D<sup>a</sup>. Sonia , D<sup>a</sup>. Valle , D<sup>a</sup>. Marí Luz , D<sup>a</sup>. María Rosario , D. Juan Carlos y D<sup>a</sup>. Antonieta , así como de la representación procesal de D<sup>a</sup>. Berta , D. Agapito , D. Amadeo se interpusieron recursos de apelación, que fueron admitidos, dándose traslado a la parte contraria que se opuso a ambos recursos, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para llevar a efecto la Deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 15 de junio, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Jose Luis , D<sup>a</sup>. Sonia , D<sup>a</sup>. Valle , D<sup>a</sup>. Marí Luz , D<sup>a</sup>. María Rosario , D. Juan Carlos y D<sup>a</sup>. Antonieta , D<sup>a</sup>. Berta , D. Agapito y D. Amadeo se interpone recurso de apelación frente a la sentencia dictada el 9 de febrero de 2007 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 2 de Majadahonda que desestimó la demanda interpuesta por los hoy apelantes contra D<sup>a</sup>. María Esther . Solicitó la revocación de la resolución recurrida por los motivos que a continuación se expondrán. La representación procesal de la demandada se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Para mejor comprensión del presente recurso debemos hacer un breve resumen de los fundamentos fácticos y jurídicos del mismo: los demandantes alegan que adquirieron entre los años 1995 y 1999 viviendas y plazas de garaje en la calle Carnicería de las Rozas. Aunque las fincas sobre las que están construidas las viviendas fueron vendidas como libres de cargas por D<sup>a</sup>. Aurora , sin embargo sobre las mismas existía una sustitución fideicomisaria instituida por D<sup>a</sup>. Lina , la madre de D<sup>a</sup>. Aurora y de la demandada, consistente en que si fallecía D<sup>a</sup>. Aurora sin descendientes, los bienes pasarían a sus hermanos D. Fernando, D<sup>a</sup>. Antonia y D. Ignacio o a los sobrinos carnales de la misma señora. Y así se hizo constar en el Registro de la Propiedad con fecha 27 de septiembre de 2001 en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 y resolución de la Dirección General de Registros de 12 de julio de 2001. Mantienen también que D<sup>a</sup>. María Esther se convirtió a la muerte de su hermana en heredera universal de su patrimonio por lo que se subrogó en los derechos y obligaciones que aquella tuviera a su muerte, estando por



tanto obligada a responder de las responsabilidades que surjan como consecuencia de haber vendido como libres de cargas, las fincas cuando estaban gravadas por la sustitución fideicomisaria.

El resto de los fideicomisarios suscribieron acuerdo privado y presentaron escritura de cancelación de su derecho a cambio de una indemnización. Sin embargo al ser Dña. María Esther la heredera entienden que debe de responder incluso con su patrimonio no perjudicando a terceros de buena fe por lo que solicitan la cancelación de la carga inscrita para que cumpla con las obligaciones derivadas de la compraventa. Alegan también que por Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de San Lorenzo de El Escorial de 16 de enero de 2003 , ante la imposibilidad de ejecutar a los actores en un procedimiento hipotecario, les declara terceros de buena fe.

La demandada, mantiene en su contestación en la demanda que dicho Auto que les declara terceros de buena fe no es firme ya que está interpuesto recurso de apelación. Alega que Dña. Aurora no vendió los bienes libres de cargas y que además instituyó herederos a su esposo D. Erasmo y a su hermana Dña. María Esther . Manifiesta que no ha heredado los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria condicional de su hermana Dña. Aurora sino de su madre Dña. Lina . Que la indemnización al resto de los herederos fideicomisarios la ha satisfecho la Compañía aseguradora del Registro de la Propiedad tras reconocer éste, el error sufrido al dar por cancelado el derecho fideicomisario.

Respecto a la venta de la finca por Dña. Aurora que se efectuó el 20 de octubre de 1987 a la sociedad Sánchez Ferrero S.A., en escritura otorgada ante el Notario D. Federico Castro con el nº 1674 de su protocolo, en dicho título se hace constar que fue adquirida por herencia de su madre con la limitación fideicomisaria que se establece. Que la propia sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999 manifiesta que no puede hablarse de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando ya constaba la sustitución fideicomisaria en la inscripción de las fincas. Además dicha venta no se hizo a los demandantes que en todo caso tendrán acción contra quienes les hubieran transmitido sus viviendas, o contra el propio Registro de la Propiedad que no hizo constar la sustitución fideicomisaria, como efectivamente sucedió y fue reconocido por dicho Registro y su Compañía Aseguradora.

La Sentencia de Instancia mantiene que de acuerdo con la doctrina relativa a la sustitución fideicomisaria, la disposición establecida en el testamento de la madre de Dña. Aurora y Dña. María Esther deviene plenamente eficaz por lo que los bienes que Dña. Aurora hubiera heredado de su madre deberán pasar a sus hermanos y a los hijos de estos. Por tanto dicha condición produce un efecto resolutorio y deberán resolverse retroactivamente las enajenaciones efectuadas por Dña. Aurora y por ello Dña. María Esther tiene derecho de fideicomisaria sobre las fincas de que son propietarios los demandantes, en su porción y como consta en la inscripción registral. Derecho existente y plenamente eficaz que puede ejercitarse contra cualquiera y que trae causa del fideicomitente no del fiduciario, es decir que Dña. María Esther ha heredado las fincas de su madre y no de su hermana. No se trata por tanto de un fideicomiso de residuo como ya establece el Tribunal Supremo. Por ello la demandada tiene la posibilidad de ejercitar la acción encaminada a resolver las enajenaciones de bienes que debieron ser transmitidos. Realidad y existencia del fideicomiso que se hace más patente desde el momento que el resto de los fideicomisarios percibieron una indemnización a cambio de su renuncia al derecho que les correspondía. Los demandantes solicitan la cancelación de la sustitución fideicomisaria y sin embargo no han acreditado la concurrencia de ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 79 de la Ley Hipotecaria para justificar la procedencia de la cancelación. Ni su condición de terceros hipotecarios, y en el caso de que lo fueran, justifica la cancelación de la inscripción del fideicomiso, por todo ello desestima la demanda.

TERCERO.- Los demandantes alegan en su recurso de apelación en primer lugar infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución por incongruencia omisiva porque altera la causa de pedir ya que lo que había solicitado es que se condenase a la demandada en su condición de heredera de su hermana a liberar la carga que consta inscrita a su nombre como obligación de su causante, con el propio patrimonio de la demandada y sin embargo la sentencia de instancia no resuelve dicha cuestión.

En motivo, en cuanto a la incongruencia denunciada no merece favorable acogida, siendo, a este respecto, reiterada la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, entre otras muchas, en su Sentencia de 27 de marzo de 2003 , que, en concreto, ha matizado que la congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, "de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia. Por lo tanto, ha de apreciarse comparando el suplico de los escritos alegatorios con el fallo de la sentencia. La congruencia, dice la sentencia de 31 de octubre de 1994 , consiste en la correspondencia o adecuación del



fallo de la sentencia con el "petitum" de la demanda en relación con la "causa petendi" de la misma". El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en su sentencia de 13 de enero de 1998 haciendo referencia a que: "para que la incongruencia por exceso adquiriera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión de derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes".

La incongruencia extra petita se refiere, por tanto, a que no debe el Juez o Tribunal alterar o modificar los términos del debate judicial, no pudiendo decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho básico para la causa petendi, respecto a la cual el Juez no tiene poder de disposición, STC de 12 de julio de 1989, de 6 de marzo de 1987 y de 23 de julio de 1987. En la señalada orientación, también se pronuncia nuestro Tribunal Supremo precisando que: para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio "iura novit curia".

En definitiva, los Tribunales, a propósito de la congruencia a la que deben ceñirse sus resoluciones, deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación y de contradicción, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, sin que quepa modificar los términos de la demanda, ni tampoco cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia.

Los actores solicitaban en su demanda que se dictara Sentencia por la que se condenara a la demandada al otorgamiento de escritura pública de cancelación del Derecho Fideicomisario inscrito a su favor y para ello razonaban en síntesis que Dña. Aurora había vendido la finca libre de cargas y por ello Dña. María Esther como heredera de la misma y además beneficiaria de la sustitución fideicomisaria como sus hermanos, tiene que responder con su patrimonio y por ello cancelar la carga. La demandada se opuso a dicha pretensión alegando también en síntesis que Dña. María Esther no había adquirido la finca por herencia de su hermana sino por el fideicomiso instituido por su madre que su hermana no había vendido la finca libre de cargas sino que en la escritura y en el Registro de la Propiedad constaba la sustitución fideicomisaria. Como resolvió por sentencia el Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 y resolución de la Dirección General de Registros de 12 de julio de 2001 y por ello la Compañía Aseguradora del Registro de la Propiedad indemnizó al resto de los fideicomisarios. La Sentencia apelada desestima íntegramente lo pretendido por los actores razonando que Dña. María Esther adquirió las fincas de su madre y que por tanto tiene un derecho de fideicomiso sobre las fincas, derecho que es existente y plenamente eficaz y ejercitable contra cualquiera que pretenda perturbarlo. Argumenta también la imposibilidad de aplicar el art. 79 de la Ley Hipotecaria que regula la cancelación de la inscripción y afirma que no se ha acreditado la concurrencia de ninguno de los supuestos allí previstos. En definitiva como ya hemos dicho desestima íntegramente la demanda y esta Sala no consigue deducir por qué se alega incongruencia cuando existe una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, sin que el fallo haya supuesto una modificación sustancial del objeto del proceso que haya supuesto indefensión a la parte, que ha podido alegar y probar lo que a su derecho convino. Cosa distinta es que no haya conseguido probar lo que alega y por ello su demanda haya sido desestimada, pero en modo alguno la sentencia ha incurrido en vicio de incongruencia por lo que debemos desestimar este motivo del recurso.

CUARTO.- Alega infracción del artículo 1003 del Código Civil en relación con los artículos 999, 667 y 661 del Código Civil ya que al ser la demandada heredera de su hermana por la muerte del esposo de esta última y haber aceptado la herencia, debe cancelar la sustitución fideicomisaria que grava las fincas. Mantiene que al ser Dña. María Esther heredera de su hermana y al haber ésta vendido las fincas libres de cargas y gravámenes se benefició del precio de la venta y del resto de las propiedades de aquella, por lo que de acuerdo con lo que establecen los artículos citados los herederos suceden al difunto en todos los derechos y obligaciones.



Pues bien, debemos dejar sentado que efectivamente el fideicomisario no hereda del fideciario sino del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquel, por lo que la demandada heredó de su madre junto con sus hermanos las fincas litigiosas, que aunque Dña. Aurora haya instituido herederos a su esposo y a su hermana, deberá probarse por los demandantes previamente que Dña. Aurora adquirió alguna responsabilidad en virtud de la venta de las fincas frente a los demandados, y ello no ha sido acreditado en este procedimiento, ya que según consta en el acto de la venta y según se deduce de la escritura otorgada, la sociedad compradora conocía la sustitución fideicomisaria existente, porque se relaciona, aunque sea en el apartado "título" y no en el de cargas. Por tanto la mercantil compradora era concedora del fideicomiso que gravaba la finca, es decir, la vendedora no lo ocultó, sino que no solo constaba en el Registro de la Propiedad, sino que también se plasmó en la escritura de compra. Cosa distinta es que como consecuencia de un error del Registrador de la Propiedad y del Notario autorizante se cancelara la inscripción. Pero ello no es consecuencia de la mala fe o, culpa de la vendedora, luego como ya hemos dicho en este procedimiento no se ha probado que Dña. Aurora adquiriera alguna responsabilidad por la venta de la finca.

Pero es que aun en el supuesto de que dicha responsabilidad hubiera sido probada y se hubiera declarado que Dña. Aurora debía indemnizar a los actores, y por ello sus herederos fueran responsables de tal indemnización, resulta que según consta los herederos de Dña. Aurora son su esposo y su hermana, debería entonces determinarse el importe de los daños y la cuantía de los mismos y entonces condenar a dichos herederos a satisfacer a los actores o a quien corresponda en virtud de la indemnización que se fije. Pues bien, nada de ello se ha conseguido probar en este procedimiento.

QUINTO.- La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte. Y la situación en la que esta herencia se encuentra desde la muerte del causante (apertura de la sucesión) hasta que es aceptada por los herederos llamados, por la voluntad del testador o por disposiciones de ley, a ella, se conoce con el nombre de "herencia yacente" (hereditas iacet). Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación de la herencia yacente, cuyo término ni siquiera aparece reflejado ni en el Código Civil (aunque se refieren a ella en reiteradas ocasiones, así: art. 1934, 965, 966 y 967 y 1020). La jurisprudencia, superando su primitivo criterio de atribuir la titularidad de los bienes de la herencia yacente al causante suponiendo subsistente a dichos efectos su persona (T.S.: de 5 de junio de 1861, 15 de marzo de 1881, 12 de febrero de 1885, 9 de junio de 1885), la conceptúa como una masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, y se atribuye capacidad para ser parte activa y pasiva en el proceso (T.S.: 21 de junio de 1943, 8 de mayo de 1953, 14 de mayo de 1971, 15 de junio de 1982, 16 de septiembre de 1985). Siendo una de las cuestiones de mayor interés práctico la de precisar las concretas personas a las que deberá de emplazarse cuando se demanda a la herencia yacente para que puedan defender los intereses de ésta. A la que se ha dado adecuada respuesta por la jurisprudencia entendiendo que los que tienen que ser emplazados son los llamados a la herencia en concepto de herederos.

Dispone el artículo 661 del Código Civil que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y "obligaciones". Ahora bien el heredero puede repudiar la herencia (artículo 1108 del Código Civil) o aceptarla a beneficio de inventario (artículo 998 del Código Civil), en el primero de los casos no queda obligado el heredero al pago de las deudas del "de cuius" y en el segundo no queda obligado al pago sino hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 1023 del Código Civil). Pero si el heredero ha aceptado la herencia de forma pura y simple (artículo 998 del Código Civil), expresa o tácitamente (artículo 999 del Código Civil), el heredero responde de las deudas del causante no solo con los bienes de la herencia sino también con los suyos propios (artículo 1003 del Código Civil). No basta con la apertura, vocación y delación hereditaria para que el llamado a la herencia como heredero responda de las deudas del causante, sino que además es imprescindible que el llamado a la herencia como heredero "acepte" la herencia. De tal manera que solo desde el momento en que el llamado a la herencia como heredero acepta la herencia (convirtiéndose en heredero) deviene responsable de las deudas de su causante, pero no antes. Por lo demás, la aceptación de la herencia, expresa o tácita, como acto unilateral del llamado a la herencia como heredero de naturaleza no recepticia, es "irrevocable", tal y como se proclama en el artículo 997 del Código Civil, precepto imperativo que no permite ser dejado sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, el cual se inspira en la máxima de Derecho romano "demel eres", "semper eres", mantenida en nuestro Derecho tradicional por la Ley 18 en relación con la 11, título 61, de la Partida, que declara irrevocable la aceptación de la herencia, de tal suerte que una vez realizado el acto de la aceptación, en forma expresa o tácita, será ineficaz la posterior renuncia y esto es así porque no se consiente que la cualidad de heredero se asuma de modo temporal (sentencias de la Sala de lo Civil o Primera del Tribunal Supremo nº 295/2003, de 28 de marzo de 2003; 4 de febrero de 1994; 15 de noviembre de 1985; 6 de junio de 1961). En consecuencia, una vez constatado un acto que supone la aceptación tácita de la herencia, la posterior manifestación expresa de los herederos de no aceptar o de repudiar la herencia, aunque se haga en escritura pública, ya carece de eficacia alguna. Y, por último, siendo



varios los herederos que aceptan pura y simplemente la herencia de forma expresa o tácita, responderán todos ellos de las deudas del causante y frente a los acreedores de forma "solidaria", por así indicarlo el artículo 1084 del Código Civil (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 ).

De la doctrina citada se deduce que efectivamente los herederos suceden al causante no solo en los derechos sino también en las obligaciones, estando obligados al pago de las deudas. Pero para ello ha de demostrarse que existe una deuda contraída por la fallecida, o derivada de sus acciones y como ya se ha razonado no se ha acreditado en el presente procedimiento, por lo que debe de rechazarse igualmente este motivo del recurso.

SEXTO.- Manifiesta por ultimo en su recurso que cuestiona el concepto y alcance de la figura del tercer hipotecario que la sentencia recurrida define en el fundamento de derecho quinto, ya que el Registro de la Propiedad canceló de oficio la condición de fideicomisaria por considerarla conceptualmente de residuo y no condicionar tras una serie de transmisiones y segregaciones de las fincas la adquisición por parte de unas 40 familias por el concepto libres de cargas y que el Notario actuante de la escritura de compraventa original de Dña. Aurora incurrió en el mismo error de concepto considerando aquél como de residuo y que no estaba limitada la transmisibilidad del bien. Que la sentencia del Tribunal Supremo de la que trae causa el derecho fideicomisario inscrito a favor de la demandada solo quita la condición de tercer hipotecario a los allí demandados y no a los sucesivos y terceros adquirentes de buena fe. Alega también que detectado el error por el Registro se indemnizó a los hermanos de la actora pero no a ésta al ser heredera única de la demandada por lo que se subrogaba en la posición de Dña. Aurora y venia obligada a liberar la carga incluso con su propio patrimonio manteniendo y hecho suyo el precio que figura en la escritura de compraventa por ser heredera de su hermana Dña. Aurora . En la escritura de compraventa la existencia de sustitución fideicomisaria solo se menciona bajo el epígrafe de titulo y por ello se manifiesta que vende libre de cargas.

Sin olvidar lo ya expuesto en el fundamento jurídico anterior sobre la responsabilidad de Dña. Aurora , y sin haber probado tampoco que el precio de la venta lo haya hecho suyo la demandada a través de la herencia, lo que si resulta incontrovertido es que el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 1999 y la resolución de la Dirección General de Registros de 12 de julio de 2001, ordenaron inscribir el derecho de fideicomiso a favor de la demandada y sus hermanos, derecho de fideicomiso que constaba en el Registro desde el fallecimiento de la madre de Dña. Aurora y Dña. María Esther .

Los apelantes alegan que no es objeto de recurso la definición de tercero hipotecario y sin embargo defiende la condición que tienen los mismos de tal figura. Frente a ello debemos de decir que el art. 34 de la Ley Hipotecaria que efectivamente no es de aplicación en el presente pleito puesto que lo que se plantea no es la resolución del título de adquisición de los actores, hace referencia a causas que no constan en el mismo Registro y en el caso tratado el fideicomiso sí constaba en el Registro. A ello debemos de añadir que según se ha probado también en el procedimiento la Compañía Aseguradora indemnizó al resto de los beneficiarios de la sustitución fideicomisaria, sin que luego se intentara repercutir dicha indemnización a la vendedora de la finca Dña. Aurora , o a su herederos, lo que probablemente hubieran hecho en el supuesto de ser ella la causante del error. Por todo ello debemos rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

SEPTIMO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

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

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Luis , Dña. Sonia , Dña. Valle , Dña. Marí Luz , Dña. María Rosario , D. Juan Carlos , Dña. Antonieta , Dña. Berta , D. Agapito y D. Amadeo frente a la sentencia dictada 9 de febrero de 2007 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Majadahonda en los autos de juicio ordinario a que este rollo se contrae, resolución que confirmamos con expresa imposición de las costas a los apelantes.

Esta resolución podría ser objeto de recurso de Casación por infracción de Ley o recurso extraordinario por infracción procesal, si acredita su interés casacional de acuerdo con los motivos establecidos en el artículo 477 y 469 y tomando en consideración la Disposición Final 16ª todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , si concurren los requisitos legales establecidos.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución para su cumplimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y se notificará conforme al art.208.4 L.E.C ., lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ