

Roj: **STS 2181/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2181**Id Cendoj: **28079110012010100268**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/05/2010**Nº de Recurso: **1116/2006**Nº de Resolución: **268/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 1067/2006,**
STS 2181/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la demandante D^a Raquel , representada ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada con fecha 7 de marzo de 2006 por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación nº 11/06 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 474/03 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ibi, sobre nulidad de donaciones. Han sido parte recurrida los demandados D. Salvador y D^a Tarsila , representados por la Procuradora D^a Isabel Juliá Corujo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2003 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Ibi demanda interpuesta por D^a Raquel contra D. Salvador y D^a Tarsila solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º.- Que se declare la nulidad de pleno derecho de los contratos de donación del pleno dominio de las fincas NUM000 , NUM001 y de la nuda propiedad de la finca NUM002 del Registro de la Propiedad de Jijona, otorgados por Dña. Noelia a favor de su hijo D. Salvador en escrituras públicas de 19 de junio de 1.987 ante el Notario de Ibi D. Eugenio Martínez Ochando, de 5 de Septiembre de 1.994 ante el Notario de Ibi D. Pedro Horcajada Fernández-Quero y de 24 de Enero de 2.002 ante el Notario de Ibi D. Antonio Reyna Viñes.-

2º.- Que se declare la nulidad de pleno derecho de los contratos de donación de la nuda propiedad de las fincas NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 del Registro de la Propiedad de Jijona, otorgados por Dña. Noelia a favor de su hija Dña. Tarsila en escritura pública de fecha 24 de enero de 2.002 ante el Notario de Ibi D. Antonio Reyna Viñes.

3º.- Que se declare la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales a que hayan dado lugar las escrituras de donación antes referidas de las fincas NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 del Registro de la Propiedad de Jijona, así como las posibles posteriores que de ella traigan causa, de forma que la inscripción que quede vigente sea la que corresponda a favor de Dña. Noelia con la reserva de la sustitución fideicomisaria que se dejó sin efecto en virtud de las donaciones que ahora se declaren nulas.

4º.- Alternativamente, para el supuesto de no estimarse la mencionada nulidad de pleno derecho de los contratos de donación antes descritos, se declaren en todo caso dichas donaciones, así como la donación de la finca 9.721 del Registro de la Propiedad de Jijona realizada por Dña. Noelia y D. Roberto a favor de su hijo D. Salvador y en la parte ganancial correspondiente a Dña. Noelia , como inoficiosas por no respetar la legítima de la hija y heredera Dña. Raquel y se acuerde que sean reducidas en cuanto al exceso.-



5.- *Que se impongan a los demandados las costas de este procedimiento."*

SEGUNDO.- Incoadas las actuaciones nº 474/03 de juicio ordinario, ya del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Ibi, y emplazados los demandados, éstos comparecieron y contestaron a la demanda solicitando se dictara sentencia *"por la que sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto desestime la demanda en cuanto concierne a la petición de nulidad de pleno derecho de las Escrituras de Donación de fechas 19 de Junio de 1987 y 5 de septiembre de 1994 por las que D^a Noelia donó a su hijo D. Salvador las fincas números NUM000 y NUM001 del Registro de la Propiedad de Jijona, fundando dicha desestimación en haber caducado o prescrito el derecho a instar la nulidad relativa por transcurso del plazo de cuatro años, y en cualquier caso desestime íntegramente la demanda en cuanto al fondo del asunto, rechazando la petición de declaración de nulidad de pleno derecho de las Escrituras de Donación a que se contraen las peticiones primera y segunda del Suplico de la demanda, así como la subsiguiente nulidad y cancelación de las inscripciones registrares sobre las siete fincas objeto del proceso, desestimando del mismo modo la demanda en cuanto se refiere a la petición alternativa contenida en el apartado cuarto del Suplico de la demanda sobre reducción de las donaciones por inoficiosas, con expresa imposición de las costas del juicio a la actora."*

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la Sra. Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2004 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *"Que debo desestimar y desestimó íntegramente la demanda presentada por D^a Raquel contra D. Salvador y D^a Tarsila , condenando a la actora al pago de las costas procesales."*

CUARTO.- Interpuesto por la actora contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 11/06 de la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Alicante, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 7 de marzo de 2006 desestimando el recurso, confirmando íntegramente la sentencia apelada e imponiendo a la recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por la actora-apelante contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal con un motivo único fundado en infracción de los arts. 781 y 783 en relación con los arts. 675 y 765, todos del CC , y de la jurisprudencia relativa a los mismos.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 28 de octubre de 2008 , a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición pidiendo la desestimación del recurso, la íntegra confirmación de la sentencia recurrida y la imposición de las costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 2 de marzo del corriente año 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 21 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación, cuyo motivo único se funda en infracción de los arts. 781 y 783 en relación con los arts. 675 y 765, todos del CC , y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de las cláusulas testamentarias relativas al fideicomiso de residuo en cuanto a la amplitud de las facultades de disposición del fiduciario sobre los bienes heredados del fideicomitente, consiste en determinar si la cláusula común a dos determinados testamentos, facultando al fiduciario para disponer por actos *inter vivos* , debe entenderse limitada a los actos de disposición a título oneroso, tesis de la demandante, o comprender también los actos de disposición a título gratuito.

La cláusula en cuestión, inserta en los respectivos testamentos de D. Alfredo y D^a Marcelina , reza literalmente así : *" Cuarta : Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior [relativa al usufructo a favor del cónyuge del testador si le sobreviviese] , instituye universal heredera a su hija Celestina , conocida por Noelia , con la condición de que caso de no disponer por actos intervivos de los bienes que adquiera del testador pasen necesariamente a su fallecimiento a sus hijos Raquel y Tarsila y Salvador y los que tuviere"*

La demanda fue interpuesta el 29 de julio de 2003 por D^a Raquel contra su hermano de madre, D. Salvador , y su hermana de doble vínculo D^a Tarsila , después de haber fallecido la madre de todos ellos D^a Noelia el 10 de noviembre de 2002, solicitando, con base fundamentalmente en la referida cláusula testamentaria y como petición principal, la nulidad de pleno derecho de tres donaciones de sendas fincas, dos de ellas comprendiendo el pleno dominio y la otra sólo la nuda propiedad, hechas por D^a Noelia a D. Salvador mediante escrituras públicas de 19 de junio de 1987, 5 de septiembre de 1994 y 24 de enero de 2002 respectivamente; la



nulidad de pleno derecho de la donación de la nuda propiedad de cuatro fincas por D^a Noelia a su hija D^a Tarsila mediante escritura pública de 24 de enero de 2002; y la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales causadas por todas esas donaciones, así como de las posteriores en su caso, de modo que como inscripciones vigentes quedaran las correspondientes a D^a Noelia con la reserva de la sustitución fideicomisaria que se dejó sin efecto en virtud de esas mismas donaciones. Alternativamente, para el caso de no acordarse la nulidad, se interesaba que las donaciones en cuestión, así como otra más, se declarasen inoficiosas por no respetar la legítima de D^a Raquel y se acordara su reducción en cuanto al exceso.

Los dos demandados comparecieron y contestaron conjuntamente a la demanda solicitando se declarase caducada o prescrita la acción de nulidad en cuanto a las donaciones de 19 de junio de 1987 y 5 de septiembre de 1994 y, en cualquier caso, se desestimara totalmente la demanda por razones de fondo alegando, fundamentalmente y en lo que aquí interesa, que la cláusula testamentaria antes transcrita facultaba a D^a Noelia para disponer de los bienes heredados de sus padres también a título lucrativo.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando, en cuanto a la nulidad, que la controvertida cláusula testamentaria, al autorizar a la fiduciaria para disponer de los bienes heredados de su padres por actos *inter vivos*, excluía los actos de disposición *mortis causa* pero comprendía claramente, interpretando los testamentos conforme al art. 675 CC, los actos de disposición a título gratuito, "o al menos actos dispositivos a título gratuito a favor de alguno de los hijos de la fiduciaria, con tal de que quede algún bien de la masa hereditaria del testador fideicomitente a favor de los demás, como una sustitución fideicomisaria de residuo ordinaria 'eo quod supererit' ". En cuanto a la petición subsidiaria de reducción de las donaciones por inoficiosas, la desestimación se fundaba en que la actora atribuía a los bienes que seguían perteneciendo a D^a Noelia al momento de su muerte un valor coincidente con el catastral, muy inferior al real, y que por ello no podía considerarse probado que las donaciones litigiosas perjudicaran la legítima de la demandante, sin perjuicio del deber de los dos hermanos demandados de colacionar los bienes donados en el acto de la partición de la herencia de su madre.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó íntegramente la sentencia apelada. Partiendo de la coincidencia de ambas partes en que la cláusula controvertida disponía un fideicomiso de residuo, el tribunal, con base también en el art. 675 CC, considera que la expresión "por actos *inter vivos*" no podía ser "más genérica e ilimitada" en su significación gramatical, al no haberse recurrido "a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención [la del testador] excluir de tales facultades las relativas a los 'actos de disposición gratuita', por lo que se interpretó con fidelidad la voluntad del testador máxime cuando éste no apostilló la frase por actos *intervivos*' con 'por título oneroso' ". En cuanto a la petición subsidiaria de la demanda sobre reducción de las donaciones por inoficiosas, su desestimación se confirmaba por haber quedado agotada la herencia de D. Alfredo por su propio testamento y el acto dispositivo llevado a cabo por su única heredera.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la actora-apelante mediante el único motivo ya referido, y como su recurso no contiene ningún otro concerniente a la reducción de las donaciones por inoficiosas y lo que pide en el escrito de interposición es que se case la sentencia impugnada y se dicte otra estimando las peticiones de la recurrente "con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso", necesariamente ha de entenderse, como señala la parte recurrida en su escrito de oposición, que la petición subsidiaria de su demanda debe tenerse por abandonada.

SEGUNDO.- Las objeciones formales de la parte demandada-recurrida al único motivo del recurso, reprochándole falta de técnica casacional por citar globalmente un conjunto de preceptos y el intento de convertir la casación en una tercera instancia mediante una valoración de la prueba testifical por la propia parte recurrente, no impiden entrar a conocer del mismo, pues si se prescinde de la última parte del alegato del motivo, ciertamente improcedente en cuanto se apoya en el resultado de la prueba testifical para impugnar la sentencia recurrida y por tanto no respeta el ámbito propio del recurso de casación, en conjunto el motivo aparece correctamente formulado porque las cuatro normas citadas guardan relación con la cuestión debatida, los arts. 675 y 765 CC se invocan en relación directa con el principal objeto de controversia y, en fin, la jurisprudencia que asimismo se cita como infringida es la que, según la parte recurrente, desautoriza la interpretación que el tribunal sentenciador hace de dicha cláusula.

En suma, la esencia del motivo consiste en que a partir de las sentencias de esta Sala de 22 de julio de 1994 y 12 de febrero de 2002 las cláusulas testamentarias que pura y simplemente autoricen al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos *inter vivos*, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente. A esta jurisprudencia, que concierne especialmente al art. 781 en relación con el art. 675, ambos del CC, se añaden unas consideraciones sobre el art. 765 del mismo Cuerpo legal en relación con la expresa mención



que se hace en la cláusula a los tres nietos del testador pero sin especificar ni designar las partes que habrían de heredar cada uno, lo que determinaría que deba aplicarse la presunción de querer que sus nietos heredasen sus bienes por partes iguales, como resultaría del advierio "*necesariamente*", voluntad desconocida por la fiduciaria al donar los bienes a solamente dos de sus hijos excluyendo al tercero.

TERCERO.- Pues bien, procede estimar el motivo así planteado porque si bien no es del todo cierto que la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 (rec. 2169/91) se pronuncie sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a "disponer en vida", no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario "*han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores*".

Sí es contundente, en cambio, la sentencia de 12 de febrero de 2002 (rec. 3102/96) cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes "de que no hubiera dispuesto" la fiduciaria, declara que "en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente". Y esta misma doctrina se sigue por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 (rec. 976/03) al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa*, regla interpretativa que, por otra parte, es la plasmada en el apdo. 2 del art. 426.53 del Código Civil de Cataluña cuando dispone que "la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso".

Si a todo ello se une que en el presente caso el testador fideicomitente designó expresamente a los tres hijos de la fiduciaria, habidos de dos matrimonios diferentes, expresando su voluntad de que los bienes de que la fiduciaria no hubiera dispuesto a su fallecimiento pasaran a ellos "*necesariamente*", la conclusión que se impone es, con arreglo al art. 765 CC, que la voluntad de los testadores, causantes comunes de su hija y sus nietos, era que éstos les sucedieran por partes iguales en lo que quedara de lo heredado por su hija, designio igualitario que desde luego quedaba burlado si la fiduciaria, como efectivamente hizo, donaba los bienes procedentes de sus padres a dos de sus hijos excluyendo al tercero, como también entendió, en un caso similar, la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1986.

En consecuencia la sentencia recurrida debe ser casada por haber infringido los arts. 675 y 765 CC en relación con la jurisprudencia que los interpreta en materia de fideicomiso de residuo.

CUARTO.- La casación de la sentencia impugnada, determinante a su vez de que quede sin efecto la confirmación de la de primera instancia, comporta, con arreglo a todo lo antedicho, que proceda estimar la petición principal de la demanda sobre nulidad de las donaciones impugnadas, sin que pueda apreciarse la caducidad ni la prescripción opuestas en la contestación a la demanda porque ni el plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC es aplicable a la nulidad por falta de poder de disposición del transmitente ni la acción para impugnar las donaciones litigiosas podía ejercitarse, según puntualizan las ya citadas SSTs 12-2-02 y 7-11-08, antes de morir la fiduciaria.

QUINTO.- Conforme a los arts. 394 y 398 LEC las costas de la primera instancia deben imponerse a la parte demandada, mientras que las de la segunda instancia no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes porque el recurso de apelación de la demandante tenía que haber sido estimado.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC no procede condenar a ninguno de los litigantes en las costas causadas por el recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la demandante D^a Raquel, representada ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada con fecha 7 de marzo de 2006 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación nº 11/06.

2º.- **CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA**, dejándola sin efecto y por tanto quedando sin efecto también la de primera instancia.

3º.- **ESTIMAR LA DEMANDA** interpuesta en su día por dicha recurrente contra D. Salvador y D^a Tarsila y en consecuencia:



A) Declarar nulas las donaciones de las fincas registrales nº NUM000 , NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad de Jijona hechas por D^a Celestina , conocida por Noelia , a D. Salvador mediante escrituras públicas de 19 de junio de 1987, 5 de septiembre de 1994 y 24 de enero de 2002 respectivamente.

B) Declarar nula la donación de las fincas registrales nº NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 del Registro de la Propiedad de Jijona hechas por D^a Celestina , conocida por D^a Noelia , a D^a Tarsila mediante escritura pública de 24 de enero de 2002.

C) Anular y ordenar la cancelación de las inscripciones causadas por las referidas donaciones a favor de los indicados donatarios en el Registro de la Propiedad de Jijona, así como las posteriores que de las mismas traigan causa siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros hipotecarios, de forma que las inscripciones que queden vigentes sean las que correspondan a favor de D^a Noelia con la reserva de la sustitución fideicomisaria que en su día se dejó sin efecto en virtud de las antedichas donaciones.

D) Condenar a los demandados en las costas de la primera instancia.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni del 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 .- Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.