

Id Cendoj: 28079110012010100470
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1664/2006
 Nº de Resolución: 327/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

FIDEICOMISO DE RESIDUO "SI ALIQUID SUPERERIT". FACULTAD DEL FIDUCIARIO PARA DISPONER DE LOS BIENES A TÍTULO GRATUITO CUANDO EL TESTADOR LE ATRIBUYÓ EL PLENO Y ABSOLUTO DOMINIO SOBRE LOS MISMOS Y AUTORIZÓ SIN LIMITACIÓN ALGUNA SU DISPONIBILIDAD POR ACTOS "INTER VIVOS".

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía nº 31/01, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **don Roberto**, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Fernández-Luna Tamayo; siendo parte recurrida **doña Olga y doña Sagrario**, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Iribarren Cavallé. Autos en los que también han sido parte doña Adelina y doña Bárbara, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de mayor cuantía, promovidos a instancia de don Roberto contra doña Olga, doña Sagrario, doña Adelina y Bárbara.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que: *"PRIMERO.- Se declare que Don Roberto es heredero fideicomisario de su padre, Excmo. Sr. Don Armando .- SEGUNDO.- Se declare que Don Roberto tiene derecho a ser reintegrado con cargo a la masa hereditaria o, caso de no ser ésta suficiente, con cargo al caudal privativo de las herederas codemandadas, con carácter solidario, con el importe del valor actualizado de los siguientes bienes integrantes de la mejora sujeta a fideicomiso: A) El valor actualizado de la cantidad de 73.684 ptas que heredó Don Landelino, en efectivo metálico, al número 56 de la hijuela aportada con la demanda como documento nº 8, debiendo estarse al valor real de adquisición de la peseta desde el año 1945 hasta la fecha en que se produzca el pago total y efectivo (hecho OCTAVO A de la demanda).- B) El valor actualizado de los efectos públicos, acciones y obligaciones, heredados por Don Landelino, contemplados bajo los números 137 a 199 de la hijuela aportada en la demanda como documento nº 8, y que fueron valorados en el año 1.945 en 1.417.791 pts, debiendo estarse al valor de los mismos en la fecha en que se produzca el pago total y efectivo (hecho OCTAVO B de la demanda). Subsidiariamente y para el supuesto de que tal valoración resultase imposible por haber desaparecido las sociedades o por cualquier otro motivo, habrá de estarse al valor actualizado de la indicada cantidad desde el año 1945 hasta la fecha en la que se produzca el pago total y efectivo.- C) El valor actual y de mercado de los inmuebles de los que dispuso Don Landelino, y cuyas transmisiones han sido especificadas en el apartado fáctico OCTAVO letra C de la presente demanda, con las excepciones que constan expresamente en la misma y cuya cuantía se determinará en fase de ejecución de sentencia tras la práctica de la prueba pericial correspondiente para determinar el valor real de los mismos.- TERCERO.- Se declare que las codemandadas deben hacer entrega a Don Roberto de los bienes muebles*

inventariados bajo los números 57 a 172 de la hijuela aportada en la demanda como documento nº 8, y que estén en poder de las codemandadas y de no hacerlo así se declare que Don Roberto tiene derecho a ser reintegrado en la misma forma con el valor actualizado de los citados cuadros, alhajas y enseres, sin perjuicio de los derechos que le asistan en relación a los demás bienes muebles distintos de los que están en poder de las codemandadas y que no son objeto de esta litis. (Hecho OCTAVO D de la demanda).- CUARTO.- Se declare que el fideicomiso instituido en la cláusula QUINTA del testamento abierto otorgado el día 25 de mayo de 1942 por Don Armando se halla regido por el principio de subrogación real por lo que deben excluirse de la masa hereditaria y, por el contrario, declararse que son propiedad de mi mandante los bienes que figuran titularmente a nombre del causante, Don Landelino, y que se han especificado en el apartado fáctico DECIMOCUARTO de la presente demanda, juntamente con los frutos, rentas e intereses devengados desde la fecha del fallecimiento del causante, hasta su completa efectividad y pago a mi mandante. Dichos bienes son los siguientes:

- 1.000.000 de ptas, que es el sobrante de la venta de las dos fincas de Noja nº NUM000 y NUM001 de la mejora que permanecen en la Supercuenta NUM002 del Banco de Santander.-- 162,02278 participaciones del FONDO SANTANDER GESTIÓN MIXTO, invertidas el día 10 de septiembre de 1998.-- 19.275.665 pts, de la Supercuenta corriente del Banco de Santander número NUM002 .-- 124,465 participaciones del FONDO MIXTO BANKINTER (adquiridos con los fondos proveniente de la cuenta de patrimonio Bankinter número NUM003).-- 231,30252 participaciones del FONDO BK DINERO 96, adquiridos con metálico proveniente de la cuenta corriente Bankinter número NUM004 / NUM003 .-- 73,95198 participaciones del FONDO BK DINERO 96, adquiridos con metálico proveniente de la cuenta corriente Bankinter número NUM003 .-- 23,99406 participaciones del FONDO BK FONDO TELEFÓNICO VARIABLE, adquiridos con metálico proveniente de la cuenta corriente Bankinter número NUM003 .-- 11.604 acciones del BANCO DE SANTANDER, adquiridas con metálico de la Supercuenta corriente del Banco de Santander número NUM002 .-- 132,74705 participaciones del Fondo de Santander Eurotop Cliquet 1 FIM, a nombre del causante en Banco Santander, agencia urbana número 15 de Madrid, calle Almagro nº 24, con un saldo al día de su fallecimiento de 19.830.460 pts.-- 300 participaciones del FONDO SANTANDER BOLSA ASEGURADO.-- 105,96299 participaciones del FONDO SANTANDER SELECCIÓN 2 FIM, compradas el 27 de abril de 1998.-- 12.047,632 participaciones del FONDO SANTANDER CRECIMIENTO ACTIVO FIM, compradas el 31 de octubre de 1997.-- 79,497731 participaciones del FONDO SANTANDER ASEGURADO FIM, compradas el 2 de febrero de 1998.-- 47,412659 participaciones del FONDO SANTANDER EUROTOP CRIQUET 1 FIM.-- 1,4043872 participaciones del FONDO SANTANDER TESORERÍA.-- 118,41915 participaciones del FONDO SANTANDER RENTA ACTIV A FIM.-

Los citados activos financieros aparecen inventariados bajo el epígrafe I y II del inventario efectuado por el contador-partidor Sr. Jose Pablo .-- Apartamento número NUM005 de la planta NUM006 de ático del edificio nº NUM007 del PASEO000 de Madrid, y que parece inventariado bajo el nº NUM008 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Local nº NUM009 o Lonja que tiene su entrada por la CALLE000 en Espinosa de los Monteros (Burgos) que parece inventariado bajo el nº NUM010 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% de la planta baja de la casa señalada como número 1 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número 64º de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% de la planta entresuelo de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número 65º de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM012, vivienda orientada al Sudeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número NUM013 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM014, vivienda orientada al Sudeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número 67º de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM015, vivienda orientada al Sudeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número NUM016 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM009, vivienda orientada al Sudeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número NUM017 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM018, vivienda orientada al Noroeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número 70º de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM018, vivienda orientada el Sudoeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número NUM019 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo, ante el Ministerio de Hacienda.-- Un 8,33% del piso NUM018, vivienda orientada el Sudeste de la casa señalada como número NUM011 de Pasaje de la Peña (Santander) inventariado bajo el número NUM020 de la declaración efectuada por el contador-partidor Sr. Jose Pablo,

ante el Ministerio de Hacienda.- Los citados activos financieros aparecen inventariados bajo el epígrafe V del inventario efectuado por el contador-partidor Sr. Jose Pablo .- QUINTO.- Que se condene a las codemandadas a hacer entrega a mi mandante los bienes inmuebles y los fondos y activos financieros que se hallan depositados actualmente en el Banco de Santander, antes descritos y que se han identificado también en el apartado fáctico DECIMOCUARTO de la demanda, juntamente con los frutos, rentas e intereses devengados desde la fecha del fallecimiento de Don Landelino , hasta su completa efectividad y pago a mi mandante.- SEXTO.- La nulidad y cancelación de las inscripciones causadas y las que se causen por la inscripción en los Registros de la Propiedad del cuaderno particional de los bienes quedados al fallecimiento de Don Landelino , y que se han especificado en el apartado fáctico DECIMOCUARTO de la presente demanda, caso de que el contador-partidor testamentario proceda a elevación a público, relativo a la titularidad de los inmuebles sitos en el PASEO000 , nº NUM007 de Madrid; el local nº 4º B o Lonja que tiene su entrada por la calleja de los Porras en Espinosa de los Monteros (Burgos); y el 8,33% de los siete inmuebles sitos en la casa señalada con el número NUM011 del Pasaje de la Peña de Santander, que actualmente se hallan escriturados a nombre de Don Landelino , para lo que, una vez firme la resolución que así lo acuerde, se remitirá el oportuno mandamiento por duplicado, con testimonio de la misma a los Sres. Registradores de la Propiedad, respectivos, para que proceda a dar cumplimiento a tales cancelaciones, procediendo a inscribir la titularidad de los mismos a nombre de Don Roberto . SÉPTIMO.- Que se condene a las codemandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a que les den exacto y total cumplimiento.- OCTAVO.- Que se condene en costas a las codemandadas si se opusieren a esta demanda..." Con anterioridad a la contestación de la demanda la parte actora amplió la misma interesando se declarase la nulidad del cuaderno particional realizado por Sr. Jose Pablo .

2.- Admitida a trámite la demanda, así como la referida ampliación, la representación procesal de doña Olga y doña Sagrario contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "... dicte sentencia en la que se desestime la demanda, absolviendo libremente a mis mandantes y condenando al actor al pago de las costas del presente procedimiento...". Doña Adelina y doña Bárbara se allanaron a la demanda.

3.- Contestada la demanda y dados los oportunos traslados se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 8 de octubre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente el escrito de demanda interpuesto por la Procurador de los tribunales Sra. Fernández Luna Tamayo en nombre y representación de DON Roberto contra DOÑA Olga , DOÑA Sagrario , DOÑA Adelina y contra Bárbara , debo declarar y declaro que DON Roberto es heredero fideicomisario de su padre, DON Armando . Igualmente, debo declarar y declaro nulo el cuaderno particional realizado por Sr. Jose Pablo por las razones expuestas en la presente resolución; desestimando la demanda en cuanto al resto, sin hacer expresa imposición de costas, abonando cada parte las suyas y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación el demandante don Roberto y las demandadas doña Olga y doña Sagrario , y sustanciada la alzada, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2006 , cuyo Fallo es como sigue: "Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el actor, Don Roberto , y estimamos parcialmente el formulado por las demandadas, doña Olga y doña Sagrario , ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid en el procedimiento civil de que dimana este rollo de apelación, cuya resolución revocamos únicamente en el pronunciamiento que declara nulo el cuaderno particional de la testamentaría de Don Landelino , practicado con fecha 12 de septiembre de 2001 por Sr. Jose Pablo ; de cuyo pedimento absolvemos a las demandadas dejándole sin efecto. Y confirmamos la sentencia en todo lo demás.- Condenamos al apelante Don Roberto al pago de las costas causadas por su recurso, y no hacemos pronunciamiento respecto de las costas causadas por el recurso de las demandadas doña Olga y doña Sagrario ."

TERCERO.- La Procuradora doña María Lourdes Fernández-Luna Tamayo, en nombre y representación de don Roberto , formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, al amparo de lo dispuesto en los artículos 469 y 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; 2) Vulneración del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 24 de la Constitución Española; y 3) Igualmente por vulneración del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 24 de la Constitución Española.

Por su parte, el recurso de casación se fundamenta en cuatro motivos: 1) Por infracción del *artículo 675*, en relación con los *artículos 781, 783 y 785, todos ellos del Código Civil*, en cuanto a la interpretación del testamento; 2) Por infracción del *artículo 7.1 del Código Civil*, en cuanto a la doctrina de los actos propios; 3) Igualmente por infracción del *artículo 7.1 del Código Civil*, en cuanto a la doctrina de los actos propios; y 4) Por infracción de los *artículos 6.4, 7.1, 1895 y 1896 del Código Civil*, en relación con el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 27 de enero de 2009 por el que se acordó la admisión de dichos recursos, así como que se diera traslado de los mismos a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación la Procuradora doña Pilar Iribarren Cavallé en representación de doña Olga y doña Sagrario .

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 11 de mayo de 2010, dictándose providencia de fecha 12 de mayo siguiente por la que se acordó dejar en suspenso el plazo para dictar sentencia de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* para dar traslado a la parte recurrida de resoluciones judiciales aportadas por la parte recurrente al amparo de dicha norma, alzándose dicha suspensión por providencia de fecha 25 de mayo de 2010.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Preliminar

PRIMERO.- Los antecedentes fácticos de la cuestión controvertida aparecen reflejados en el fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada, que al efecto reproduce el relato contenido en la sentencia de primera instancia de la siguiente forma:

a) Don Armando estuvo casado en primeras nupcias con Doña Laura , de cuyo matrimonio le sobrevivieron cuatro hijos, Doña Joaquina, Don José Luis, Doña Luisa y Doña M^a del Rosario. Fallecida su esposa, contrajo ulterior matrimonio con Doña Covadonga , de cuya unión le sobrevivieron ocho hijos: Doña Concepción, Doña Bárbara , Doña Josefa, Don Roberto , Doña Sagrario , Doña Olga , Don Francisco y Doña Adelina .

b) El padre de los hoy litigantes otorgó testamento abierto el 25 de mayo de 1942, falleciendo el 2 de noviembre de ese mismo año. Es de vital importancia para la resolución del presente pleito destacar de dicha *disposición*, en *primer lugar*, su *cláusula quinta* que reza:

"Quinta.- Mejora en un setenta por ciento del tercio de ese nombre, en pleno y absoluto dominio, a su hijo primogénito Don Landelino , a quien faculta expresamente para exigir que en pago de lo que por este concepto le corresponda, se le adjudique, si lo desea, y en el número y cuantía que libremente fije, las casas solariegas, los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, cuya designación podrá hacer por sí solo, eligiendo todos ellos si cupieren dentro de la mejora o los que tenga a bien o sean de su gusto, dejando aquellos que no estime conveniente a los demás herederos.

El valor de dichos cuadros y alhajas, se reputará por el que se consigne en el inventario y en su caso, por el que resulte del peritaje. Si su dicho hijo Don Landelino , falleciese sin descendencia masculina, los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos *ínter vivos*, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria, al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado".

Esta *cláusula debe ser puesta en relación con la octava* , pues en ella el testador parece explicar el motivo de sus asignaciones: "Octava.- Manifiesta el testador que las mejoras y legados tienen su razón de ser en el deseo de igualar en lo posible a los hijos habidos en el primer matrimonio, ya que heredaron de sus premuertos madre y bisabuelo paterno, con los nacidos y que pudieran nacer de sus segundas nupcias y sin que ello entrañe predilecciones mortificantes, siendo únicamente expresión de su criterio paternal que aspira a la relativa justicia distributiva posible en la cuantía de los bienes heredados por sus hijos, entre los que reparte por igual bienes y afectos, sin más diferencia que la que el decoro de los nombres y dignidades familiares y exigencias sociales imponen al primogénito, heredero de dos títulos".

c) Don Landelino , en su condición de primogénito, heredó cuanto le correspondió en concepto de legítima estricta, así como el 70% del tercio de mejora, tras concretar los diferentes bienes que la integraron,

y dispuso a lo largo de su vida (alrededor de cincuenta años a la vista de la fecha del cuaderno particional en relación con la de su fallecimiento) en la forma y manera que consta en autos, realizando transmisiones tanto a título oneroso como a título gratuito.

d) Es igualmente destacable que algunas de las donaciones efectuadas por Don Landelino , con cargo al tercio de mejora, lo fueran al demandante (tal y como se reconoce en la propia demanda con relación a las fincas rústicas inventariadas con los números NUM021 , NUM022 , NUM023 y NUM024); otras, a los hijos de éste; otras a sus propias hermanas; y otras a terceras personas (tal y como se desprende de la abundante documentación acompañada a la demanda).

e) Consta que el referido donante, Don Landelino , nombró a Don Roberto , albacea de su última voluntad aún cuando no le reconoció derecho hereditario alguno.

2.- Interesa también, a juicio del Tribunal, transcribir la *cláusula cuarta del testamento (f.79)* que dice así: «Cuarta.- En reconocimiento de la generosidad con que ha procedido su actual y querida esposa, la Excm. Señora Doña Covadonga , renunciando en la oportuna escritura de capitulaciones a cuantos derechos pudieran corresponderle en la sociedad de gananciales y como testimonio de gratitud que le guarda por el cariño y asidua solicitud que ha tenido hacia su persona y a la de los hijos habidos en el primer matrimonio, le lega además de la cuota legal, el tercio de libre disposición, ordenando que aquello de que no hubiere dispuesto la legataria por actos inter vivos, lo conserve y transmita en sustitución fideicomisaria, a los hijos del segundo matrimonio del otorgante, o sea a los del contraído con la legataria, ordenando asimismo que en dicho legado y a cuenta de él, se adjudique la casa número veintiséis de la calle Mayor de Madrid ».

SEGUNDO.- El actor don Roberto interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid con fecha 29 de diciembre de 2000, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia nº 58 de dicha ciudad (autos nº 31/2001), ejerciendo una acción de reintegración de bienes en relación con fideicomiso de residuo contra doña Olga , doña Sagrario , doña Adelina y doña Bárbara .

En concreto interesó que se dictara sentencia por la cual se declarara que don Roberto es heredero fideicomisario de su padre, don Armando y que, en consecuencia, tiene derecho a ser reintegrado con cargo a la masa hereditaria o, caso de no ser ésta suficiente, con cargo al caudal privativo de las herederas codemandadas, con carácter solidario, del importe del valor actualizado de determinados bienes integrantes de la mejora sujeta a fideicomiso.

Las demandadas doña Adelina y doña Bárbara se allanaron a la demanda, mientras que las otras dos hermanas demandadas, doña Olga y doña Sagrario ,se opusieron y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2004 que estimó parcialmente la demanda declarando que el demandante don Roberto es heredero fideicomisario de su padre don Armando , así como la nulidad del cuaderno particional realizado por Sr. Jose Pablo , desestimando la demanda en cuanto al resto, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) dictó nueva sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 que desestimó el recurso interpuesto por el demandante don Roberto y estimó parcialmente el de las demandadas doña Olga ya doña Sagrario revocando la resolución impugnada en el particular por el cual declaraba nulo el cuaderno particional de la testamentaria de don Landelino , practicado en fecha 12 de septiembre de 2001 por Sr. Jose Pablo , confirmándola en todo lo demás, con imposición al primer recurrente de las costas causadas por su recurso y sin especial declaración en cuanto al resto.

Contra dicha sentencia ha recurrido por infracción procesal y en casación el demandante don Roberto .

La aportación por la parte recurrente de auto de esta Sala de fecha 25 de marzo de 2008 por el que se acuerda no admitir el recurso de casación interpuesto por doña María Inmaculada , doña Olga y doña Sagrario , y doña Graciela y doña Modesta , contra sentencia dictada con fecha 29 de octubre de 2003 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), en el rollo de apelación nº 412/2002, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía nº 725/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid, en proceso seguido contra las mismas por el mismo recurrente don Roberto , lo que determina la firmeza de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no ha de condicionar el resultado del presente proceso cuyo objeto no se refiere a un concreto bien de la herencia, como allí sucedía, sino a la consideración general sobre el alcance del fideicomiso establecido por el padre de don Roberto a favor del mismo; siendo así que

precisamente la diversidad de objeto es la que ha llevado a que el propio don Roberto ejerciera las correspondientes acciones por separado en aquel proceso y en éste.

TERCERO.- La sentencia impugnada se apoya, entre otros, en los siguientes razonamientos:

Ha de ser compartido el criterio del juzgador de primera instancia en el sentido de que la *cláusula quinta* del testamento instituye un fideicomiso de residuo «si aliquid supererit» (si algo queda) que atribuye al fiduciario un amplísimo poder de disposición, quedando la expectativa del fideicomisario limitada por la condición de que pudiere quedar algo, dado el amplio poder dispositivo otorgado al fiduciario (fundamento de derecho cuarto).

El causante tenía en su mente la institución del fideicomiso de residuo y la ordena en dos ocasiones. Una, instituyendo fiduciaria a su esposa y fideicomisarios a los hijos del segundo matrimonio; otra, instituyendo fiduciario al hijo varón de mayor edad don Landelino (hijo de su primera esposa) y fideicomisario al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado, para el caso de que don Landelino falleciese sin descendencia masculina (en este caso, el demandante don Roberto). En ambos supuestos el testador otorga al fiduciario la facultad de disponer por actos inter vivos quedando el residuo para los fideicomisarios, pero con una diferencia importante: en el caso de la mejora emplea de modo redundante los adjetivos "pleno y absoluto" dominio y, además, faculta al fiduciario expresamente para exigir que en pago se le entreguen las casas solariegas, los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, en el número y cuantía que libremente se fije, cuya designación podrá hacer por sí solo. Le otorga facultades omnímodas (cuyas facultades no aparecen a favor de la esposa en la otra institución). (Fundamento de derecho sexto).

Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón -que viviera al tiempo de su muerte- la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar, y el mejorado habría podido disponer de sus bienes propios y de los que integran la mejora como hubiera tenido por conveniente, incluso derrochándolos sin consideración ninguna, lo que permite colegir que el testador no hizo la institución pensando en sus posibles nietos (hijos varones de don Landelino), o en el fideicomisario, sino pensando en su primer hijo varón, don Landelino, a quien correspondían los títulos nobiliarios, cuyos honores quería rodear de un patrimonio adicional que le permitiese un tren de vida acorde con esas dignidades, pero sin ponerle ninguna traba o limitación a fin de que se comportase como dueño absoluto y sin cortapisas. De ahí la expresión «en pleno y absoluto dominio» que no aparece en el fideicomiso a favor de la esposa e hijos del segundo matrimonio, y la facultad de disponer por actos inter vivos, sin añadir que lo sea a título oneroso (fundamento de derecho sexto).

Se establece así el fideicomiso de residuo en la modalidad más amplia "si aliquid supererit", si bien dejando a la buena voluntad del fiduciario guardar un resto de dichos bienes de la mejora, quedando su número y calidad al arbitrio del fiduciario que incluso podría haberlo consumido todo sin dejar nada, dada la amplísima institución "en pleno dominio" y facultad de disponer (fundamento de derecho sexto); y

En la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido en la modalidad "si aliquid supererit" no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar a su hermanastro (fideicomisario) ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador (fundamento de derecho duodécimo).

II. Recurso extraordinario por infracción procesal

CUARTO.- El primer motivo del recurso denuncia la infracción del *artículo 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* habida cuenta, según expresa textualmente la parte recurrente, que la "valoración de la prueba" de la sentencia recurrida en su motivación se fundamenta en aseveraciones fácticas manifiestamente erróneas que no se ajustan a las reglas de la lógica y la razón, tal como se estipula en el precitado artículo.

Basta examinar el inicio de su desarrollo argumental para concluir en la evidente improsperabilidad del motivo. Comienza la parte recurrente afirmando que «*el presente motivo analiza errores en la interpretación de un documento adjunto a la demanda cual es el testamento de don Armando y en concreto la cláusula de "fideicomiso de residuo" que el mismo instituyó. Habida cuenta se trata al fin y a la postre del análisis o valoración de una prueba de conformidad con el artículo 416 (sic) LEC del 2000, a la luz de los siguientes autos del Tribunal Supremo, procedería examinar la incorrección de dicha valoración de la prueba en un recurso extraordinario por infracción procesal*».

Se trata, en definitiva, de la cuestión referida a la interpretación del testamento de don Armando en cuanto la parte ahora impugnante discrepa de la que ha sostenido la sentencia recurrida; cuestión propia del

recurso de casación que, además, se reproduce en el motivo primero de los que integran dicho recurso.

La absoluta improcedencia del motivo de que se trata queda patente teniendo en cuenta que si bien esta Sala, en orden a la defensa de un absoluto respeto al principio de tutela judicial efectiva (*artículo 24* de la Constitución Española), ha admitido en el recurso extraordinario por infracción procesal determinadas objeciones al resultado de la valoración probatoria obtenido en la instancia cuando se revelen errores patentes en la interpretación de los resultados de los medios probatorios empleados, siempre al amparo del *nº 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y no del *nº 2º* -como ahora se pretende- que se refiere a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, siempre se ha de partir de que la valoración de un documento -público o privado- como prueba para considerar acreditado un hecho es algo bien distinto de la interpretación del testamento, que es de lo que ahora se trata, pues el documento público notarial que contiene un testamento prueba efectivamente su existencia y sobre la realidad del testamento y su contenido no se suscita controversia, sino que la cuestión se plantea en cuanto a su interpretación que, desde luego, rebasa el ámbito estrictamente procesal en el que nos hallamos.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El segundo motivo acusa la vulneración del *artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, puesto que -según entiende la parte recurrente- la sentencia recurrida no resuelve todos los puntos del litigio, así como la vulneración del apartado 2 del mismo artículo y el *artículo 24* de la Constitución Española por quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la sentencia recurrida se fundamenta en su motivación en aseveraciones fácticas manifiestamente erróneas que no se ajustan a las reglas de la lógica y la razón, pues en el punto tercero del "petitum" de la demanda se solicitó la condena de las demandadas a la entrega a don Roberto de los bienes muebles inventariados bajo los números 57 a 172 de la hijuela en los siguientes y literales términos: «se declare que las codemandadas deben hacer entrega a don Roberto de los bienes muebles inventariados bajo los números 57 a 172 de la hijuela aportada en la demanda como documento nº 8 y que estén en poder de las codemandadas», sin que la Audiencia haya realizado pronunciamiento alguno sobre dicho pedimento.

Es el propio recurrente quien reconoce al formular el motivo que sobre tal petición no se han pronunciado ni el Juzgado ni la Audiencia, siendo así que en tal caso la incongruencia de la sentencia de primera instancia debió ser denunciada en la segunda a efectos de que la Audiencia se pronunciara sobre ella y, en su caso, resolviera sobre tal pretensión cuya resolución se había omitido. Aun cuando incidentalmente, al final del escrito de interposición del recurso de apelación, se haga referencia a ello, la apelación se refiere al fondo del asunto y no específicamente a la infracción de normas procesales, como es la que exige la congruencia de las sentencias, en la forma prevista en el *artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, forzando una resolución en los términos previstos en el *artículo 465.2 de la misma Ley*. En consecuencia no cabe imputar directamente incongruencia a la sentencia dictada en apelación, ya que esta Sala tiene declarado que las cuestiones no suscitadas en forma en el recurso de apelación no pueden someterse a revisión casacional ya que este recurso se da contra la sentencia de segunda instancia y no contra la dictada por el Juzgado (sentencias, entre otras, de 9 octubre 2000, 5 febrero y 5 abril 2001, 14 abril y 26 noviembre 2004, 31 mayo 2005, 19 junio, 15 julio, 18 y 26 octubre 2006, 30 marzo 2007 y 7 noviembre 2008).

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El tercero de los motivos por infracción procesal refiere la infracción de lo dispuesto en los *artículos 218.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y *24* de la Constitución Española, ya que -según sostiene la parte recurrente- la sentencia impugnada incurre en incongruencia puesto que declara que el fideicomisario hereda del testador y no del fiduciario y sin embargo la sentencia no declara la nulidad de la partición de la herencia de don Landelino, como debería haber hecho pues el contador-partidor no podía tener entonces facultades para interpretar el testamento que instituye el fideicomiso ni para partir e intervenir en la entrega de dicho fideicomiso.

El motivo ha de ser rechazado en cuanto carece de todo fundamento. En primer lugar porque, bajo la denuncia de una infracción procesal (incongruencia), se refiere a cuestiones sustantivas como son las referidas a la interpretación y ejecución del testamento; y en segundo lugar porque, aun cuando esta Sala ha admitido como una modalidad de incongruencia la llamada "interna" que comporta una clara discordancia entre lo que la fundamentación jurídica anuncia como contenido del "fallo" y éste mismo, tal situación no resulta apreciable en el presente caso.

Efectivamente la sentencia de esta Sala de 15 febrero 2007, entre otras, repite la doctrina de la de 15 febrero 2005 para decir que «*como excepción a la norma general que exige que la incongruencia se*

manifieste por una discordancia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y lo pedido en el suplico de la demanda, la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias citadas en el motivo de 25 de mayo de 1990 y 18 de octubre de 1996 , permite apreciar incongruencia atendiendo a la contradicción existente entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva, doctrina que se reitera en la sentencia de 18 de diciembre de 2003 , según la cual "la incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -"ratio decidendi"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos».

Sin embargo, en el presente caso lo que se denuncia como incongruencia por la parte recurrente es que no se recojan en el "fallo" de la sentencia las consecuencias jurídicas que, según su particular tesis, han de seguir a la afirmación de que el fideicomisario hereda del testador y no del heredero fiduciario, lo que en forma alguna puede justificar la estimación del motivo.

III. Recurso de casación

SÉPTIMO.- Según sostiene el motivo primero de los que integran el recurso de casación la sentencia recurrida infringe los *artículos 675 del Código Civil* , relativo a la interpretación de los testamentos, en relación con los *artículos 781, 783 y 785, todos del Código Civil* como fundamento legal del "fideicomiso de residuo".

Viene a afirmar la parte recurrente que a la hora de determinar el alcance de las facultades dispositivas del fiduciario, don Landelino , en un fideicomiso de residuo de "si aliquid supererit" como el que nos ocupa, la sentencia recurrida sostiene que el fiduciario tenía facultades para donar o disponer a título gratuito, lo cual es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues -según afirma la parte recurrente- el heredero fiduciario únicamente podrá donar cuando esté facultado expresamente por el testador o bien si el testador le otorgó la facultad de disponer "mortis causa" de los bienes objeto del fideicomiso.

El motivo no puede prosperar. Se trata en definitiva de una cuestión de interpretación del testamento y, en concreto, de la disposición fideicomisaria, sobre la que ha de regir un criterio favorable a la interpretación sistemática del testamento y no aislada de cada una de sus cláusulas, por lo que difícilmente puede sostenerse la infracción jurisprudencial que se denuncia pues no existirá la necesaria identidad de los supuestos de hecho contemplados en cada caso.

Las sentencias de esta Sala de 15 diciembre 2005 y 29 septiembre 2006, junto con las más recientes de 29 abril y 7 noviembre 2008 , a propósito de la interpretación de los testamentos, declaran: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003 , entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 enero 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005 , entre muchas otras); y c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002 , entre otras).

No cabe atribuir arbitrariedad alguna a la interpretación razonable y detallada que se hace de la referida disposición testamentaria por la sentencia impugnada. En forma alguna se prohíbe la disposición de bienes a título gratuito por parte del heredero fiduciario (como requiere la sentencia de esta Sala de 28 enero 2009) y, por el contrario, el conjunto de las disposiciones y los propios términos en que se plasmaron las últimas voluntades del causante parecen reflejar una intención de conceder las más amplias facultades dispositivas "inter vivos" al heredero fiduciario. No se puede obviar que se trata de una disposición fideicomisaria doblemente condicionada, pues por un lado lo estaba al hecho de que quedaren bienes a la muerte del heredero fiduciario ("si aliquid supererit") y, por otro, a que éste último -don Landelino - falleciera sin descendencia masculina ("si sine liberis decesserit"), por lo que el fideicomisario era titular de un derecho sujeto a esa doble condición. Además no se asignaron bienes concretos al fideicomiso, sino que el mismo se refería a aquellos que eligiera el heredero fiduciario para integrar su derecho hereditario, que había sido ampliado en un setenta por ciento del tercio de mejora, y tales bienes elegidos se adquirirían en pleno y absoluto dominio, según el testador, lo que lleva a pensar que en la intención del testador -ley suprema en las disposiciones testamentarias- se comprendían las más amplias facultades de disposición "inter vivos".

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- El segundo de los motivos del recurso acusa la infracción del *artículo 7.1 del Código Civil* en cuanto a la doctrina de los actos propios elaborada a su amparo, aplicada en relación con las supuestas donaciones realizadas por el fiduciario, don Landelino, al demandante, cuando no concurren los requisitos necesarios para la existencia de acto propio vinculante.

El motivo se desestima. Es cierto que la sentencia impugnada (fundamento de derecho noveno), tras afirmar la realidad de tales donaciones, sostiene que *«no hay error en la sentencia [de primera instancia] al referirse a esta doctrina puesto que el apelante pretende en la demanda que se declare excluida la facultad de disponer a título gratuito cuando él mismo ha sido beneficiario de los actos de liberalidad de su hermanastro»*; pero también lo es que la "ratio decidendi" de la sentencia no viene dada por argumento tan escueto como el ya expresado, sino que nace de la propia interpretación del testamento llegando el órgano "a quo" a la convicción de que en la intención del testador no estaba la exclusión de la posible disposición por el heredero fiduciario de los bienes a título gratuito, siempre mediante actos "inter vivos".

De ahí que la mención de la doctrina de los actos propios se efectúa simplemente "a mayor abundamiento" y sabido es que tales argumentos de puro refuerzo no pueden por sí solos ser objeto de un motivo de casación ya que, por un lado, no tienen entidad suficiente para ello en el conjunto argumentativo de la resolución impugnada y, por otro, la impugnación de los mismos, incluso en los supuestos de razonabilidad de la oposición al argumento, sería inocua en cuanto no privaría de eficacia a la verdadera "ratio decidendi" de la resolución. Ha de recordarse al respecto la doctrina de esta Sala según la cual el recurso de casación se da contra el "fallo", y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan «ratio decidendi», no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (sentencias de 23 marzo, 7 y 21 septiembre 2006; 9 abril, 17 y 18 septiembre 2007; y 23 enero 2008).

NOVENO.- Igual solución desestimatoria procede respecto del motivo tercero que, con invocación de los dispuesto en los *artículos 7.1 y 6 del Código Civil*, viene a sostener que la sentencia impugnada vulnera la doctrina de esta Sala sobre los actos propios al aplicarla -en este caso- a un supuesto de nulidad del negocio jurídico de partición de la herencia. La improcedencia de la pretensión formulada por la parte actora sobre la nulidad de la partición efectuada en relación con la herencia de don Landelino nace del hecho de considerar que la misma se ha efectuado, en lo que se refiere al fideicomiso, de conformidad con lo dispuesto por su causante en su testamento, por lo que no puede la parte recurrente partir del hecho de la existencia de tal nulidad y sostener que la sentencia impugnada la ha salvado por aplicación indebida de la doctrina de los actos propios, ya que ello se aparta claramente del contenido de la sentencia recurrida.

También ha de ser desestimado el cuarto, y último, motivo de casación, que denuncia la vulneración de los *artículos 6.4º, 7.1º, 1895 y 1896 del Código Civil*, afirmando nuevamente que se ha infringido la doctrina sobre los "actos propios" *«en relación al evidente abuso de derecho y enriquecimiento injusto de los herederos de don Landelino provocado por éste al actuar de mala fe»*.

La referencia a las normas sobre el cobro de lo indebido (*artículos 1895 y 1896 del Código Civil*) y a la doctrina sobre el enriquecimiento injusto aplicada a quienes han recibido bienes a título gratuito de los que dispuso don Landelino, resulta nueva en casación y, en consecuencia, rechazable. La sentencia impugnada, que refiere pormenorizadamente los puntos en que el apelante don Roberto -ahora recurrente en casación- discrepaba de la sentencia de primera instancia, nada recoge sobre ello.

No resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas no suscitadas por la parte recurrente en apelación, como ha señalado esta Sala reiteradamente (sentencias, entre otras, de 1 octubre 2004, 9 mayo 2006, 27 febrero y 9 julio 2007, 23 enero, 19 marzo y 8 mayo 2008; y 3 febrero y 3 diciembre 2009), ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación.

En cuanto al abuso del derecho y la falta por el heredero fiduciario a la buena fe ha de recordarse que la sucesión se rige por el testamento, que el causante -padre de don Landelino y de don Roberto - confirió a aquél absoluta facultad de disponer "inter vivos" de los bienes objeto del fideicomiso que, por otra parte, no estaban definidos y era él mismo quien había de escogerlos con total libertad de entre los que integraban el caudal hereditario, de modo que no cabe imputar abuso de derecho a quien ejerce libremente el que le corresponde y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo señalado por el causante que estableció el fideicomiso

Como señala la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2008 «*En cuanto al abuso del derecho se debe destacar, con la Sentencia de 21 de septiembre de 2007 , que constituye un límite al derecho subjetivo, y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio* (Sentencia de 14 de diciembre de 2007, que cita las de 14 de octubre de 2004 y 8 de mayo de 2006 , entre las más recientes).

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO.- Rechazados los motivos que integran ambos recursos, procede la desestimación de los mismos con imposición de costas causadas a la parte recurrente (*artículo 394.1 y 398.1 Ley de Enjuiciamiento Civil*).

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

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** no haber lugar a los **recursos extraordinario por infracción procesal y de casación** interpuestos por la representación procesal de **don Roberto** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de fecha 23 de mayo de 2006 en Rollo de Apelación nº 186/2005 dimanante de autos de juicio de mayor cuantía número 31/2001 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por el hoy recurrente contra **doña Olga y otros** , la que confirmamos con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por los referidos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.