



Roj: STS 2398/2014
Id Cendoj: 28079110012014100274
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 688/2012
Nº de Resolución: 323/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de la misma ciudad, cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Roy.; siendo parte recurrida el procurador D. Raúl Martínez Giménez, en nombre y representación de D. José y por fallecimiento de éste a sus herederos Dª Nicolasa , Dª Rebeca y Dª Sofía .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La procuradora Dª Silvia García García, en nombre y representación de LA FUNDACION DE LA COMUNIDAD VALENCIANA JOSE Y ANA ROYO, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. José y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que **1.-** Declare nulo con todos los efectos inherentes, el cuaderno particional de la herencia de D. Plácido (comprendivo de la liquidación de su sociedad legal de gananciales) otorgado en fecha 5 de enero de 2006 ante el Notario de Valencia D. Carlos Pascual de Miguel al número 99 de su protocolo, así como cualesquiera negocios e inscripciones practicadas en su caso en los Registros Públicos correspondientes por causa del cuaderno declarado nulo. Y por ello: **1.A.-** Condene a D. José , como sucesor universal de Dña. Benita , heredera fiduciaria de D. Plácido a estar y pasar por dicha declaración y a que restituya a la masa de la herencia de D. Plácido los bienes que hubiere recibido de la misma en cualquier condición, con todos sus frutos e intereses, tanto los percibidos como los que se perciban. **1.B.-** Condene a D. José como sucesor universal de Dña. Benita , heredera fiduciaria de D. Plácido , a realizar todas cuantas actuaciones sean necesarias para la práctica de una nueva partición de la herencia de D. Plácido , en la que el caudal relicto del causante quede (i) completado con los bienes omitidos que se expresan en el punto 3 de este suplico, y (ii) valorado tomando en consideración los criterios técnicos expresados en los dictámenes periciales acompañados como Documentos número 12 y 13, y/o en todo caso, aplicando criterios que resulten homogéneos en la valoración de la totalidad del caudal relicto, criterios que deberán observarse en la confección de las subsiguientes operaciones particionales que en su caso deban practicarse.- **1.C.-** Se acuerde la remoción del Sr. D. Jesús Carlos de la condición de contador-partidor mancomunado y demás cargos testamentarios conferidos en el testamento de D. Plácido , por causa de conflicto manifiesto de intereses. **2.-** Subsidiariamente, para el caso de que no se estimare la pretensión contenida en el punto 1 (ni, por tanto, ninguna de sus accesorias), se declare rescindido el cuaderno particional de la herencia de D Plácido , (comprendivo de la liquidación de su sociedad legal de gananciales) otorgado en fecha 5 de enero de 2006 ante el Notario de Valencia D. Carlos Pascual de Miguel al número 99 de su Protocolo, por causa de lesión en más de 1/4 parte en los derechos hereditarios de la Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Royo, con todos los efectos inherentes. Y por ello: **2.A.-** Condene a D. José , como sucesor universal de Dña. Benita , heredera fiduciaria de D. Plácido , a estar y pasar por dicha declaración y a que restituya a la masa de la herencia de D. Plácido los bienes que hubiere recibido de la misma en cualquier condición, con todos sus frutos e intereses, tanto los percibidos como los que se perciban. **2.B.-** Condene a D. José , como sucesor universal de Dña. Benita , heredera fiduciaria de D. Plácido , a realizar todas cuantas

actuaciones sean necesarias para la práctica de una nueva partición de la herencia de D. Plácido, en la que el caudal relicto del causante quede valorado tomando en consideración los criterios técnicos expresados en los dictámenes periciales acompañados como documentos número 12 y 13, y/o en todo caso, aplicando criterios que resulten homogéneos en la valoración de la totalidad del caudal relicto, criterios que deberán observarse en la confección de las subsiguientes operaciones particionales que en su caso deban practicarse. **2.C.-** Se acuerde la remoción del Sr. D. José de la condición de contador-partidor mancomunado y demás cargos testamentarios conferidos en el testamento de D. Plácido, por causa de conflicto manifiesto de intereses. **3.-** Simultáneamente, para el caso de que por el Tribunal se estimare la pretensión rescisoria anterior (y, por tanto, sus accesorias), se ordene la adición, en la nueva partición que deba ser practicada, de los siguientes bienes: (i) Dos acciones del Club de Golf Escorpión. (ii) 5.114 acciones de la mercantil TEXIVAL, S.A. por valor de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS (4.331.285 #) o en su defecto aquel otro montante que tras la práctica de la prueba y a juicio del Tribunal resulte de criterios homogéneos de valoración aplicados sobre la totalidad de los activos del caudal relicto. (iii) El patrimonio histórico-artístico atesorado por los difuntos cónyuges D. Plácido y Dña. Benita. (iv) El inmueble sito en L'Alcúdia de Crespins (Valencia), PLAZA000 número NUM000 . NUM001 .- Subsidiariamente, para el caso de que por el Tribunal no se estimare ninguna de las pretensiones anteriores (ni, por tanto, sus accesorias): **4.A.-** Condene a D. José, como sucesor universal de Dña. Benita, heredera fiduciaria de D. Plácido, a realizar todas cuantas actuaciones sean necesarias para completar el cuaderno particional de D. Plácido mediante la adición al mismo de los siguientes bienes y valores (i) Defecto de valoración apreciado en el avalúo de las acciones de la mercantil ALBA 810, S.L., por importe de SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL NOVENTA Y TRES EUROS (6.960.093 #) o en su defecto aquel otro montante que, tras la práctica de la prueba y a juicio del Tribunal, resulte de criterios homogéneos de valoración aplicados sobre la totalidad de los activos del caudal relicto. -(ii) Defecto de valoración apreciado en el avalúo de los inmuebles sitos en C/ DIRECCION000 n° NUM002, de Valencia y partida " DIRECCION001 ", por importe de DOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO EUROS CON TRES CÉNTIMOS (2.735.471'3 #) o en su defecto aquel otro montante que, tras la práctica de la prueba y a juicio del Tribunal, resulte de criterios homogéneos de valoración aplicados sobre la totalidad de los activos del caudal relicto. (iii) Dos acciones del Club de Golf Escorpión. (iv) 5.114 acciones de la mercantil TEXIVAL, S.A. por valor de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS (4.331.285 #) o en su defecto aquel otro montante que, tras la práctica de la prueba y a juicio del Tribunal, resulte de criterios homogéneos de valoración aplicados sobre la totalidad de los activos del caudal relicto. (v) El patrimonio histórico-artístico atesorado por los difuntos cónyuges D. Plácido y Dña. Benita. (vi) El inmueble sito en L'Alcúdia de Crespins (Valencia), PLAZA000 número NUM000 . NUM001 . NUM003 .- Se acuerde la remoción del Sr. D. José de la condición de contador-partidor mancomunado y demás cargos testamentarios conferidos en el testamento de D. Plácido, por causa de conflicto manifiesto de intereses. **5.-** Subsidiariamente, para el caso de que por el Tribunal no se estimare ninguna de las pretensiones anteriores (ni, por tanto, sus accesorias): **5.A.-** Condene a O. José, como sucesor universal de Dña. Benita, heredera fiduciaria de D. Plácido a realizar todas cuantas actuaciones sean necesarias para completar el cuaderno particional de la herencia de D. Plácido mediante la adición en el mismo de los siguientes bienes y valores: (i) Dos acciones del Club de Golf Escorpión. (ii) 5.114 acciones de la mercantil TEXIVAL, S.A. por valor de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO EUROS (4.331.285 #) o en su defecto aquel otro montante que, tras la práctica de la prueba y a juicio del Tribunal, resulte de criterios homogéneos de valoración aplicados sobre la totalidad de los activos del caudal relicto. (iii) El patrimonio histórico-artístico atesorado por los difuntos cónyuges D. Plácido y Dña. Benita. (iv) El inmueble sito en L'Alcúdia de Crespins (Valencia), PLAZA000 número NUM000 . NUM004 . NUM003 .- Se acuerde la remoción del Sr. D. José de la condición de contador-partidor mancomunado y demás cargos testamentarios conferidos en el testamento de D. Plácido, por causa de conflicto manifiesto de intereses. **6.-** Se impongan las costas del presente proceso al demandado si formulare oposición frente a la presente demanda. Se dictó auto de aclaración de 16 de enero de 2012 corrigiendo errores de redacción de la sentencia.

2.- La procuradora D^a Susana Pérez Navalón, en nombre y representación de D. José, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la cual: **1.** Se desestime íntegramente la demanda de la Fundación como consecuencia de la aplicación de la cláusula de prohibición de intervención judicial contenida en el testamento de D. Plácido y cuya efectividad se solicita en la reconvencción que se formula en el presente escrito. **2.** Subsidiariamente, para el improbable supuesto de que el Juzgado considere que no resulta de aplicación la cláusula de prohibición de intervención judicial mencionada en el apartado anterior, se solicita igualmente la desestimación íntegra de las acciones ejercitadas en la demanda por todas las razones expuestas en el cuerpo

del presente escrito. **3.** Se impongan a la actora las costas del presente procedimiento. Y formulando demanda reconvenzional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: **(i)** Se declare que la Fundación ha perdido todos los derechos hereditarios que, por cualquier título, le pudieran corresponder derivados del testamento de D. Plácido , como consecuencia de la aplicación de la cláusula de prohibición de intervención judicial contenida en dicho testamento. **(ii)** Se condene a la Fundación a estar y pasar por la anterior declaración y en consecuencia, a restituir a la masa hereditaria cualesquiera bienes o derechos que hubiera recibido en su calidad de legataria y heredera fideicomisaria de residuo de D. Plácido , así como a abstenerse de recibir ningún tipo de bienes o derechos provenientes de dicho título. **(iii)** Se impongan a la demandada las costas del presente procedimiento.

3.- La procuradora D^a Silvia García García, en nombre y representación de LA FUNDACION DE LA COMUNIDAD VALENCIANA JOSE Y ANA ROYO, contestó a la demanda reconvenzional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *estimando íntegramente la demanda principal y desestimando en su integridad la reconvencción, haciendo expresa condena en costas a la demandada-reconviniente de las costas del juicio, incluido las derivadas de la reconvencción.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Valencia, dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que debo declarar y declaro haber lugar a la demanda formulada por la Procuradora D^a Silvia García García, en nombre y representación de la Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Royo, en su acción principal, y declaro la nulidad de la partición realizada en fecha 5 de enero de 2006 ante el Notado de Valencia D. *Carlos Pascual de Miguel al número 99 de su protocolo. Se desestima la demanda reconvenzional, por lo que procede absolver a la demandante reconvenida de las pretensiones deducidas en la misma. En cuanto a las costas, condeno a las causadas en ésta instancia al demandado que se ha opuesto a la demanda, y de la demanda reconvenzional, al haberse desestimado todas sus pretensiones en la oposición y reconvencción.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. José , la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2011 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS: PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Pérez Navalón en nombre y representación de D. José , contra la *Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia, el 17 de febrero de 2011 , en el Juicio Ordinario seguido con el numero 2299/2000* **SEGUNDO.-** *Revocar dicha resolución, en el sentido de: 1º) Estimar parcialmente la demanda interpuesta por La Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Ferrer , contra don Juan Antonio . 2º) Condenar a la demandada a que se adicione al cuaderno particional efectuado en escritura pública de 5 de enero de 2006: las dos acciones del Club de Golf Escorpión y de las 5114 acciones de la mercantil TEXIVAL, S.A.; el patrimonio histórico-artístico atesorado por los difuntos cónyuges D. Plácido y D^a Benita ; y previa fijación del carácter hereditario de esos bienes, después de que liquidada la sociedad ganancial se efectúen las operaciones particionales; c.- se remueve a D. José de su condición de contador-partidor mancomunado y demás cargos testamentarios conferidos en el testamento de D. Plácido . 3º) Absolver al demandado del resto de los pedimentos contenidos en la demanda. 4º) Desestimar la demanda reconvenzional formulada por la representación de D. José , contra La Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Ferrer . 5º) Absolver al demandado de los pedimentos contenido en la demanda reconvenzional 6º) No hacer declaración sobre las costas de primeras instancia derivadas de la demanda. 7º) Mantener la condena en costas de primera instancia derivada de la reconvencción. TERCERO.- Y no hacer especial pronunciamiento en orden a las costas devengadas en esta alzada.*

TERCERO.- 1 .- La procuradora D^a Silvia García García, - interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia habiendo desistido del recurso por infracción procesal, el de casación se formula con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:PRIMERO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del artículo 784 del Código civil y del artículo 14 de la Constitución Española. **SEGUNDO.-** Violación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la normativa aplicable a la correcta valoración de todo patrimonio ganancial o caudal relicto. **TERCERO.-** Infracción del artículo 1344 y 1094 del Código civil mediante la no observancia del artículo 1061 del mismo cuerpo legal. **CUARTO.-** Infracción del artículo 1074 del Código civil y la jurisprudencia que desarrolla su contenido por la desestimación de la acción subsidiaria de rescisión. **QUINTO.-** Violación del artículo 1079 del Código civil derivada de la transgresión de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a la

correcta valoración de todo patrimonio ganancial o caudal relicto expuesta en el segundo motivo del presente recurso de casación. **SEXTO**.- Violación de la doctrina jurisprudencial del alto Tribunal al que nos dirigimos determinante de que la voluntad del testador es ley imperativa en derecho sucesorio.

2.- Por Auto de fecha 3 de septiembre de 2013, se acordó ADMITIR EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Asimismo, se acordó tener por desistida a la parte recurrente del recurso por infracción procesal.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Raúl Martínez Giménez, en nombre y representación de D. José , presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2014 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Toda la cuestión sucesoria que se plantea en este proceso, ahora en casación, se centra en la liquidación de la comunidad de gananciales de los cónyuges D. Plácido y Dña. Benita ; ambos fallecidos, sin hijos ni descendientes, y los testamentos, del primero, de 26 agosto 2003 y de la segunda, de 3 julio 2007.

En el testamento de don Plácido nombró heredera fiduciaria a su esposa doña Benita , en estos términos (cláusula segunda):

"SEGUNDA: instituye el heredera fiduciaria a su esposa doña Benita con facultad para disponer de los bienes fideicomitidos por actos intervivos y a título oneroso. La fiduciaria podrá también realizar actos a título gratuito intervivos y mortis- causa únicamente a favor de la "Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Royo".

Y después de disponer de numerosos legados como fideicomisarios de residuo, dispuso de un importante legado, como fideicomisaria de residuo, a la FUNDACIÓN, demandante en la instancia y recurrente en casación, en estos términos:

"A la Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Royo (con domicilio en Valencia, calle Castellón, 2 lega, como fideicomisaria, dos millones quinientos mil euros (2.500.000 #) y todas las acciones de que sea titular el testador o que se adjudiquen a su masa patrimonial al liquidar su sociedad de gananciales, en la entidad ALBA 810, S.L."

Como heredera fideicomisaria de residuo, instituye a la misma FUNDACIÓN (cláusula sexta):

"Como heredera fideicomisaria de residuo instituye a la Fundación de la Comunidad Valenciana José y Ana Royo".

Por último dispone una cláusula de prohibición, que debe tenerse como condición resolutoria, en estos términos (cláusula octava):

"Prohíbe la intervención judicial en su herencia respecto de todos y de cualquiera de los fideicomisarios, sancionando a aquél de ellos que infrinja esta prohibición con la pérdida de todo lo que el testador le deja por cualquier título en este testamento."

Nombra a tres contadores-partidores y albaceas, con *"las más amplias facultades..."*.

Fallecido el testador, don Plácido , el 21 abril 2005, se protocoliza el cuaderno particional ante notario, en fecha 5 enero 2006 y en él se practica la liquidación de los gananciales y la partición de la herencia, teniendo en cuenta que la única heredera es su cónyuge supérstite, doña Benita , heredera fiduciaria de residuo, quedando todos los legados y la herencia fideicomisaria pendientes de que se purifique el fideicomiso. En dicha acta de protocolización del cuaderno particional, intervinieron los tres albaceas (uno de ellos, hermano de la esposa, es el demandado en la instancia, don José , sustituido por razón de su fallecimiento por sus hijas) y el cónyuge viudo. Como se ha dicho, se hizo la adjudicación por separado de la participación de ésta en la comunidad de gananciales y la adjudicación de sus derechos sucesorios, como fiduciaria.

Más tarde, tal cónyuge viudo, doña Benita , en su testamento de 3 julio 2007, nombra heredero de sus bienes a su hermano, don José , el demandado en la instancia, tras una serie de legados y fallece poco más tarde.

"Instituye por su único y universal heredero, a su hermano DON José , sustituido vulgarmente por sus descendientes.

2.- La FUNDACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA JOSÉ Y ANA ROYO, heredera fideicomisaria, formuló demanda interesando en su extenso suplico, la nulidad de la partición por defectos en el avalúo y omisión de bienes; subsidiariamente la rescisión por lesión en más de la cuarta parte; subsidiariamente, el complemento del cuaderno particional; todo ello con pretensiones complementarias.

El demandado fue el heredero de doña Benita , su hermano don José quien falleció en el curso del proceso y fue sustituido procesalmente por sus hijas que han formulado el escrito de oposición al recurso de casación. Dicho demandado formuló reconvencción en la que interesó que se declarara que la FUNDACIÓN había perdido todos sus derechos hereditarios por el incumplimiento de la cláusula antes transcrita de prohibición de la intervención judicial. Lo cual fue desestimado en la sentencia de instancia, no ha recurrido en casación y se ha privado a esta Sala de pronunciarse sobre el alcance de la misma.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 11ª, de Valencia, de 1 de diciembre de 2011, revocando la de 1ª Instancia, estimó parcialmente la demanda en el único sentido de adicionar al cuaderno particional unas determinadas acciones de una sociedad anónima y remover del cargo de contador-partidor a don José y rechazó el resto de los pedimentos; desestimó la demanda reconvenccional, a lo que se ha aquietado la parte que la formuló.

3.- La parte demandante, la FUNDACION ha formulado los *recursos de infracción procesal y de casación*; desistió del primero de ellos. El escrito de recurso comienza con un extenso escrito de alegaciones que está fuera de lugar, porque es un a modo de recurso ordinario o incluso asemeja un escrito de alegaciones en la instancia.

Contiene seis motivos. El primero de ellos trata del fideicomiso de residuo y la posición jurídica del fideicomisario que ningún derecho tenía al tiempo de la partición impugnada. El segundo no alega norma alguna que considere infringida, sino jurisprudencia. El tercero cuestiona la liquidación de la comunidad de gananciales y la partición, en relación con el principio de igualdad. El cuarto, referido a la rescisión por lesión, haciendo supuesto de la cuestión, cuestiona tal tema. El motivo quinto viene referido a la valoración de la prueba respecto a la del patrimonio ganancial y del caudal relicto. El motivo sexto que tampoco expresa la norma infringida, alega el principio de que la voluntad del testador es ley imperativa en derecho sucesorio, principio que nadie discute.

SEGUNDO .- 1.- Es preciso comenzar por el *concepto del fideicomiso de residuo* y las posiciones tanto de la fiduciaria, cónyuge del causante y de la fideicomisaria, la FUNDACIÓN demandante y recurrente en casación. Debe advertirse que no se impugna, ni se cuestiona, la sucesión de tal cónyuge: ésta dispuso *de sus bienes* en su testamento, es decir, de los bienes de que era titular por razón de su parte de los gananciales; en modo alguno -ni se discute- de los bienes fideicomitados, que es lo que queda, el residuo, se transmite directamente del fideicomitente a la fideicomisaria, la FUNDACIÓN.

2.- La esencia del fideicomiso (*rectius*, sustitución fideicomisaria) es el *ordo sucessivus*, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitados, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente.

Han tratado directamente del fideicomiso de residuo, las sentencias de 13 marzo 1989 ("*aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias*"), la resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 27 octubre 2004 ("*modalidad de la sustitución fideicomisaria*"). Comprende los *actos a título oneroso o gratuito, si así lo dispone el causante* (sentencia de 13 mayo 2010).

En el caso presente, comprende los actos *inter vivos* y a título oneroso (a título gratuito, o *mortis causa*, sólo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (*si quid supererit*) se transmite directamente al heredero fideicomisario.

En conclusión, mientras no se ha producido la purificación del fideicomiso -que normalmente es la muerte del fiduciario (como en el presente caso)- el heredero fideicomisario (la FUNDACIÓN en el presente caso) a término, como es la muerte, *certus an, incertus quando*, tiene el *ius delationis*, pero la adquisición efectiva de la posesión del patrimonio fideicomitado se produce a la muerte (en el presente caso) de la fiduciaria.

3.- La delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del causante -fideicomitente- si el fideicomiso es a término, momento en que aquél tiene el *ius delationis*. La adquisición de los bienes que

forman el patrimonio hereditario -patrimonio fideicomitido- se produce cuando se cumpla el término -muerte de la fiduciaria-.

La sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2013 aunque el caso planteado no coincide con el presente, sí afirmó, con carácter general:

"el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (artículo 784 del Código Civil)...

...debe tenerse en cuenta, como se ha señalado, que técnicamente la transmisión de los derechos hereditarios del fideicomisario adoptado a sus propios herederos se produjo tras su muerte por aplicación directa del artículo 784 del Código Civil ."

TERCERO .- 1.- El recurso de casación que ha formulado la FUNDACIÓN demandante en la instancia tiene por objeto combatir la decisión de la sentencia de la Audiencia Provincial de estimar muy parcialmente la demanda, acordando la adición al cuaderno particional, como bienes fideicomitados, de unas acciones y del patrimonio artístico, del causante. A lo largo de la demanda y de este propio recurso combate no tanto la partición, como la liquidación del patrimonio ganancial con su esposo, que fue el fideicomitente. Y lo que pretende es, en orden sucesivo, la nulidad de la partición, la rescisión por lesión y la adición de bienes a la misma.

La nulidad ha sido negada por la sentencia de la Audiencia Provincial; la rescisión no ha prosperado por falta de prueba; la adición ha sido estimada parcialmente por la sentencia recurrida.

A lo largo del recurso, la FUNDACIÓN insiste en los defectos de valoración, pero no cabe obviar que el recurso de casación versa sobre la cuestión jurídica planteada, no sobre la cuestión fáctica, (sentencias de 25 junio 2010, 14 abril 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013). Podría discutirse el empleo de distintos criterios de valoración, pero todo ello partiendo de la prueba que ha declarado la sentencia de instancia, sin que la Sala vuelva, como si se tratara de una tercera instancia, a revisar la prueba, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, proscrito en casación (sentencias de 9 febrero 12, 19 abril 2013, 11 julio 2013).

2.- El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 784 del Código civil y del artículo 14 de la Constitución española. En el desarrollo del motivo mantiene el carácter de heredero (fideicomisario) del causante (fideicomitente) desde la muerte del mismo y a la muerte de la heredera (fiduciaria) adquiere los derechos y acciones retroactivamente al momento de la apertura de la sucesión que no es otro que el de la muerte del fideicomitente. Lo cual lo dice expresamente la sentencia de 12 febrero 2002, aunque es *a sensu contrario* ya que se ejercieron acciones antes de purificarse el fideicomiso, es decir, antes de la muerte de fiduciaria y no se trataba de fideicomiso de residuo.

La especialidad de éste alcanza al contenido de los bienes. Estos tendrán mayor o menor entidad según haya dispuesto la fiduciaria, pero los conceptos esenciales de la sustitución fideicomisaria se mantienen.

No aparece en autos infracción alguna de los artículos citados y la Audiencia Provincial no ha negado legitimación activa a la FUNDACIÓN. En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (*si quid supererit*). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado "postheredero", tras el fiduciario, "preheredero" en *ordo sucesivus*.

En consecuencia, no tenía participación en el cuaderno particional al ser de residuo, pero cuando se ha producido la adquisición por muerte de la fiduciaria, sí se le ha permitido impugnar el contenido del patrimonio fideicomitado. Adviértase que no han impugnado en ningún momento actos dispositivos de la fiduciaria.

En consecuencia, se desestima el motivo, aunque no se comprende bien que se pretendía con el mismo, pues la esencia de las sentencias de instancia no se halla en la actuación de la FUNDACIÓN fideicomisaria, sino en la valoración de los bienes que declaran probados, de la que la FUNDACIÓN está en desacuerdo.

3.- El motivo segundo no cita norma infringida, como exige el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (sentencias del 7 mayo 2013, 26 septiembre 2013, 13 noviembre 2013) sino una serie de sentencias de esta Sala que forman jurisprudencia que, como dice el artículo 1.6 del Código civil, no es fuente del derecho, sino que *complementa el ordenamiento jurídico*.

En todo caso, hay que desestimar el motivo porque, sin perjuicio de la doctrina que enuncia en cuanto le favorece, la sentencia recurrida afirma, como hecho probado que la FUNDACIÓN conoció y obtuvo una

copia del cuaderno particional sin protesta alguna. Lo importante, para este motivo y para todo el proceso, es que dicha sentencia declara probado que las valoraciones se hicieron con criterios homogéneos. No es baldío reproducir el argumento esencial en su texto literal:

"El análisis de las pruebas sobre todo de los informe periciales, (que se han resumido excesivamente a fin de no hacer repeticiones innecesarias para la resolución de la litis), debe hacerse aplicando el criterio de la sana crítica del artículo 348 de la L.E.C . pues es evidente que al analizar la actuación de los contadores partidores a la luz de las exigencias de lo artículos 1061 y ss. del C.C ., no puede hacerse partiendo de criterios exclusivamente contables efectuados con posterioridad a aquellos o en función de circunstancias sobrevenidas. Pues, esta Sala como ya ha explicado anteriormente, debe partir en este análisis del principio de "favor partitionis" (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992), entendida que la partición debe mantenerse mientras respete la leyes imperativas, máxime cuando se ha sustentado por la demandante la existencia de graves defectos de avalúo, premisa que no ha quedado suficientemente acreditada en la medida que se constata que aquella se centra en los activos no automáticamente liquidables, sobre los que la prueba debe limitarse a determinar lo que se conoce como "valor verdadero", (STS de 27 de octubre de 2000), a fin de concretar si ha existido infravaloración como sostuvo el demandante, concepto en tanto que impreciso cuando recae sobre bienes que admiten diverso valores: nominal, de mercado, etc.; lo que convierte la cuestión en compleja pues exige atemperar y promediar los criterios de valoración, imponiendo en el caso de bienes de la misma naturaleza que se mantenga un criterio homogéneo en la valoración de todos ellos, que de seguirse excluye que se pueda impugnar la partición en base al avalúo (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1966)."

La realidad que se dio es que el testamento inicial del 2003 que otorgó la fiduciaria era semejante al de su esposo, es decir que todo el patrimonio iba a parar a la FUNDACIÓN, pero fallecido el esposo, aquélla otorgó nuevo testamento nombrando heredero a su hermano, respecto a sus bienes, los adjudicados en la liquidación de los gananciales y aquí aparecen los desacuerdos y la demanda inicial de este proceso.

4.- El motivo tercero alega la infracción de los artículos 1344 (concepto de la comunidad de gananciales) y 1404 (liquidación de la misma) en relación con el artículo 1061, todos del Código civil que establece este último el principio de igualdad ("posible igualdad" dice el texto legal) en la partición de la herencia. En este motivo, en su desarrollo, se distinguen dos partes: la primera es la valoración de los bienes y la segunda, es el principio de igualdad; aquélla se refiere a la comunidad de gananciales, ésta a la partición de la herencia.

Sobre la valoración de los bienes respecto a la comunidad de gananciales, todo el motivo choca contra los hechos probados que ha declarado la sentencia (esencialmente en el fundamento sexto) que trata del avalúo, la prueba pericial y la homogeneidad de la valoración. No cabe impugnar la valoración de la prueba, tanto más cuanto ha declarado expresamente que se usaron criterios homogéneos. Son innumerables las sentencias que, con referencia expresa a la prueba pericial, insisten en que no procede su revisión ante esta Sala, sentencias siempre relativas al recurso por infracción procesal: 16 septiembre 2010, 5 mayo 2011, 30 junio 2011, 20 febrero 2012, 28 febrero 2013.

Sobre el principio de igualdad, este motivo del recurso niega directamente lo que ha sido declarado probado, lo que no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión, es decir, contradecir lo probado o estimar probado lo contrario a lo declarado en la instancia, lo que no cabe en casación: sentencias de 13 mayo 2011, 9 febrero 2012, 11 julio 2013 y otras muchísimas.

La sentencia recurrida afirma "la constatación de la valoración homogénea" en estos términos:

"el artículo 1061 del C.C ., tiene un carácter orientativo (STS de 30 de noviembre de 1974 y 15 de marzo de 1995) porque, no puede pretenderse la igualdad sea absoluta o matemática, de ahí que se preconice que los lotes se compongan de cosas de la misma naturaleza, especie o calidad; y en este sentido, la constatación de la valoración homogénea impide que puede llegarse a la conclusión del demandante".

Las sentencias de 15 marzo de 1995 y de 1 de junio de 2006 son elocuentes en este sentido:

"La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la "posible igualdad" y las excepciones que contempla el art. siguiente, que el art. 1061 del Cc . tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las sentencias de 16 de junio de 1902 , 30 de enero de 1951 , 13 de junio de 1970 , 8 de febrero de 1974 , 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977 , 13 de junio de 1980 , 17 de junio de 1981 o 21 de junio de 1986 , citando esta última alguna de las anteriores, y el tener literal del precepto al hablar de la "posible

igualdad", antes aludida; y la mas reciente de 7 de enero de 1991, que claramente establece que el art. 1061 tiene mas bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia."

Lo que reiteran las sentencias de 6 octubre 2000, 25 noviembre 2004, 2 noviembre 2005, 28 noviembre 2007, 16 enero 2008, 26 mayo 2011.

Por tanto, se desestima el motivo, conforme a los hechos probados y de acuerdo con reiterada jurisprudencia.

5.- El *motivo cuarto* del recurso, formulado subsidiariamente, mantiene la infracción del artículo 1074 del Código civil respecto a la rescisión por lesión en más de la cuarta parte. El motivo se refiere más a la liquidación de la comunidad de gananciales que a la partición de la herencia, pero siendo aquélla el presupuesto de ésta, la sentencia de la Audiencia Provincial ha entrado en el tema, al expresar, literalmente:

"Esta característica del fideicomiso de residuo impide cuantificar la lesión, al no poder hacerse como lo intenta el demandante sobre las dos partes en que se dividió la sociedad conyugal, por cuanto la totalidad de lo bienes de aquella, pasaron a doña Benita , en cuanto propietaria del 50% y en cuanto heredera de don Plácido (a excepción de los legados), sobre estos últimos la demandante no tenía cuota alguna en la medida que no era heredera, ni tenía derecho a una concreta cuota, mas allá de los que quedasen al fallecimiento de doña Benita , y que fueran transmitidos al actor. Ya que aceptar la aplicación de la acción rescisoria sobre las cuotas resultantes de la división de la sociedad conyugal implicaría olvidar que el derecho sucesorio del actor no se extiende a la totalidad de los bienes del testador, pues no fue instituido heredero, sino al residuo existente al fallecimiento de doña Benita y por tanto se cuantificaría la lesión sobre una cuota hereditaria que no le corresponde al demandante".

Además de este argumento, hay otro decisivo: no ha probado la FUNDACIÓN recurrente la lesión que mantiene. Sigue, como se ha tratado al desestimar los motivos anteriores, aferrado a la valoración de los bienes en contra a lo declarado probado, en el sentido de que se hizo la partición correcta y homogéneamente. Y la valoración correcta y homogénea, impide aceptar la rescisión; valoración que, como se ha dicho, no cabe impugnar ante esta Sala.

6.- El *motivo quinto* es repetición, pese a que se formula como subsidiario, de los anteriores. Se combate la prueba, no más; no se discute la aplicación del artículo 1079 del Código civil ni de la jurisprudencia recaída, sino la valoración de los bienes que llevan a los pedimentos iniciales de la FUNDACION, que, como se ha dicho, no cabe en casación.

7.- El *motivo sexto*, que tampoco cita norma infringida, parte del principio, aceptado unánimemente de que la *voluntad del testador, voluntad soberana*, es la ley imperativa (*rectius*, ley suprema) en derecho sucesorio.

Este principio, indiscutible, se alega en este motivo en beneficio de la FUNDACIÓN, puede ser aplicado en sentido contrario. Esta ley suprema más bien parece indicar que el causante quiso favorecer al máximo a su esposa, dándole plena autonomía y libertad para usar y disponer de *todos* los bienes, incluso prohibiendo la intervención judicial. La FUNDACIÓN discute su intervención tanto en la liquidación de gananciales, como en la partición de la herencia de su esposa; éste no parece que jamás pensara o quisiera esta actuación de la FUNDACIÓN.

Por tanto, la voluntad del testador era que su esposa, viuda, actuara con libertad de criterio y que éste no fuera discutido.

Por ello, se desestima el motivo.

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

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de LA FUNDACION DE LA COMUNIDAD VALENCIANA JOSE Y ANA ROYO, contra la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en fecha 1 de diciembre de 2011 que SE CONFIRMA.

Segundo.- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

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



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno .-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ