

Del usufructo a la sustitución fideicomisaria

(Continuación.)

S U M A R I O

- 29.—Los dos momentos sucesorios.
- 30.—La revisión de la problemática sucesoria en relación con el usufructo vincular.
- a) Disposiciones a favor de los parientes del testador.
 - S. 6 abril 1899.
 - S. 26 junio 1906.
 - S. 15 noviembre 1907.
 - S. 25 abril 1929 (C.).
 - S. 29 diciembre 1933
 - b) Disposiciones a favor de personas ciertas.
 - S. 31 enero 1931 (C.).
- 31.—Las instituciones fideicomisarias a favor de los *nascituras*.
- 32.—El llamado derecho de «representación» entre los fideicomisarios.
- S. 6 diciembre 1952.
 - S. 30 junio 1928 (C.).
 - R. 22 diciembre 1949.
- 33.—De los llamamientos fideicomisarios *post mortem* a favor de los hijos de una persona.
- S. 11 marzo 1911 (C.).
 - S. 12 febrero 1915 (C.).
 - S. 5 mayo 1932 (M.).

34.—Los llamamientos sustitutorios a favor de los descendientes del testador.
S. 8 julio 1924.

35.—El derecho de «representación» y de «acrecer» en los llamamientos sustitutorios a favor de los hermanos y sus descendientes.

a) La premoriencia en la sustitución reciproca.

S. 10 marzo 1932 (M.).

S. 6 marzo 1944.

S. 17 marzo 1934.

S. 15 febrero 1957.

S. 16 junio 1913 (C.).

b) Inclusión de la filiación natural en el derecho de representación.

S. 22 junio 1931.

36.—Límites del usufructo vincular.

1.º Llamamientos de usufructuario.

2.º Llamamientos simples de nudos propietarios.

3.º Llamamientos compendiosos.

37.—La purificación del usufructo.

a) La purificación de la sustitución por convalidación de los actos de enajenación del padre.

S. 25 noviembre 1944.

b) Nulidad de la subrogación de bienes por permuta.

S. 20 octubre 1954.

c) La disposición de bienes por testamento.

S. 23 diciembre 1940.

d) Purificación por renuncia.

R. 19 diciembre 1942.

e) Mayoría de edad.

R. 1 febrero 1952.

f) Existen más hermanos y mayor.

R. 22 junio 1943.

38.—Efectos basculantes de la condición.

S. 18 mayo 1932 (C.).

R. 20 junio 1956.

IV

**LOS DERECHOS DE «REPRESENTACION» Y DE «ACRECER»
EN EL USUFRUCTO VINCULAR****29.—LOS DOS MOMENTOS SUCESORIOS.**

Con la prolongación del usufructo va tomando características sustitutorias y desapareciendo el automatismo del nacimiento del derecho real y extinción del gravamen, consolidándose la propiedad que la da fin. Con la doble vocación sustitutoria a virtud de la libertad testamentaria, la figura del usufructuario se va endureciendo, a virtud de la elasticidad que la ley concede al testador, y el usufructuario coloreándose con las notas de un fiduciario.

La terminología para esta doble vocación sucesoria está tomada de los legados romanos y viene utilizándose por nuestra doctrina legal. Por este común origen, se encuentra en BINDER, en cuyo *Derecho de sucesiones*, dice: «En la sustitución fideicomisaria deben distinguirse dos momentos: aquel en que tiene lugar la sustitución—es decir, el ingreso en la herencia del post-heredero—, y el momento que STRHAL llama *Vcranfall* (esto es, apertura de la sucesión para el pre-heredero): el citado autor aplica una expresión utilizada por el Derecho común para denominar el *dies cedens* en los legados singulares. En éste alcanza el post-heredero un derecho de expectativa hereditaria transmisible por herencia; en aquél tiene lugar su ingreso en la situación de heredero. La ley habla en este caso de que la herencia se abre para el post-heredero. Con todo, el instituido como post-heredero no tiene que sobrevivir a este momento, antes bien, basta que haya vivido en el momento de la apertura de la pre-sucesión. Sólo en casos excepcionales tiene lugar un tratamiento diverso de dicha apertura.»

Desde otro punto de vista esta sucesión *post mortem usufructuari* viene a encajar en el concepto del orden sucesivo. Según RUGGIERO, en sus *Instituciones de Derecho Civil*: «El sustituto ha

de adquirir la herencia o legado en el momento de la muerte del primer llamado.—Esto implica que el heredero o legatario deben conservar los bienes hasta su muerte, momento en que aquéllos pasan al fiduciario por sucesión *mortis causa*, porque éste es sucesor del instituido, no del testador. Esta es la noción exacta del *ordo sucessivus*, en el cual el momento en que para unos se extingue el goce de los bienes comenzando para otros, no es un momento cualquiera, sino el de su muerte. Si la disposición por la cual el heredero o el legatario deben en un cierto día (transcurridos diez o veinte años) retransmitir los bienes a un tercero, debiera caracterizarse como fideicomisaria, no tendrían razón de ser las normas relativas a los términos a que se sujeta la herencia o el legado.» A este segundo momento, siguiendo la tradición romanista, se le llama *dies veniens*.

A esta doble vocación sucesoria viene a referirse el artículo 758, cuyo apartado 3.^o dispone: «Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición.» Esta doble polarización, plantea una revisión de los problemas sucesorios que se desplazan al campo sustitutorio, en el que la doble vocación es el supuesto de hecho que configura la institución, sobre un acaecimiento futuro—cierto o incierto, pues aquel supuesto también se comprende a veces dentro de la «condición»—, en cuyo segundo momento habrá de analizarse la capacidad del post-heredero, que pudo existir en el momento de la apertura de la sucesión.

30.—LA REVISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA SUCESORIA EN RELACION CON EL USUFRUCTO VINCULAR.

La resaca desamortizadora que persiste en el Código Civil, reavivando o no revisando los resoldos que en nuestro anteproyecto dejó el agresivo *Code*, hace que en ocasiones encuentre obstáculos marginales la expansión del usufructo vincular dentro de los límites permitidos.

a) *Disposiciones a favor de los parientes del testador.*—Su licitud se apoya en la disposición testamentaria, que remite la sucesión a los parientes intestados más próximos. Está admitida por

el Código, aunque sin la amplitud que lo hacia el anteproyecto, que decía en el artículo 562: «La disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entenderá hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos con arreglo al título siguiente», pero mutilando esta última parte, que se prestaba a multitud de interpretaciones y criterios, como ya señalara GARCÍA GOYENA, se simplifica el supuesto en el vigente artículo 751: «Toda disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado», con lo que alude los problemas de la representación, al no decir si está aquélla admitida o rechazada, aunque la interpretación histórica debe ser de signo derogatorio.

Restos de esta polémica se resuelven por el derecho de «representación», ante la reclamación de una tía a la sobrina, hija de un hermano mayor, en la sentencia de 6 de abril de 1899, confirmando el fallo de la Audiencia de Valencia, a virtud de:

Considerando que la única cuestión sometida a la decisión de este Supremo Tribunal, a la que se refieren todas las infracciones alegadas en los dos motivos del recurso, consiste en determinar si la Audiencia de Valencia ha entendido o no rectamente la última voluntad de don José Bautista Latorre, expresada en su testamento de 30 de julio de 1833, por el que estableció un usufructo sobre varios bienes que habían de disfrutar sucesivamente hasta cuatro personas, la última de las cuales podía disponer ya libremente de ellas, o sea, quiénes y por qué orden fueron llamados al goce del expresado usufructo:

Considerando que, dada la índole de semejante cuestión, sería necesario para los efectos de la casación que apareciera clara y evidentemente infringida por el Tribunal sentenciador la voluntad del testador, lo que no sólo no aparece en el caso del presente recurso, sino que, por el contrario, al llamar aquél en primer término a su sobrino Manuel Latorre Lladró, constituido entonces en la menor edad, y disponer que *después de sus días heredase el usufructo su descendiente legítimo, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varón a la hembra*, estableció bastante expresivamente una sucesión lineal de padres a hijos, que es la regular, aplicable consiguientemente a la sucesión de don Federico Latorre, como lo

hubiera sido a la del primogénito de don Manuel si hubiera muerto con descendencia, *sin que haya*, según esto, motivo fundado para estimar que el testador hubiera querido preferir en todo caso para la sucesión del usufructo a su pariente más próximo en grado, como se corrobora además por las últimas cláusulas del testador, en que se habla de las condiciones que han de tener los descendientes del usufructo, según sean varones o hembras:

Considerando que tampoco es de apreciar, como pretende el recurrente, que doña Concepción Latorre tenga mejor derecho que doña Trinidad, por ser aquélla de mayor edad y casada, porque el testador no estableció un mejor y preferente derecho para las hembras, que se encuentran en este caso, sino una condición para que puedan poseer el usufructo, que no excluye consiguientemente el de aquellas personas en quien pueda llegar a cumplirse, cuya eventualidad se prevé asimismo en el testamento; por todo lo cual no son de estimar ninguna de las infracciones alegadas en el recurso.

El reflejo en las operaciones particionales a favor de los parientes más próximos, llamados *post mortem usufructuari*, mantiene el criterio modernamente sostenido por GONZÁLEZ PALOMINO, de alejamiento del cuaderno particional, diciéndose en la sentencia de 26 de junio de 1906:

Considerando que la sentencia no incurre en la infracción que se supone en el primer motivo del recurso, porque al estimar que los herederos llamados a la sucesión de los bienes después de la muerte de los testadores eran los parientes más próximos, respectivamente, de uno y otro, se ajusta, según lo dispuesto por la Ley 5.^a, título 33, Partida 7.^a, y artículo 675 del Código Civil, que se citan a las palabras e intención de aquéllos, en cuya disposición testamentaria se observa con toda claridad que es condición indispensable para suceder la de ser pariente más próximo, sin que obste que en la cláusula final se indique lo que debe hacerse luego, que, *muertos los testadores, vuelvan los bienes a los hermanos y sobrinos o representantes en su caso*, porque en esta cláusula no se establece institución alguna de determinados herederos de la nuda propiedad y si sólo impone una obligación a los que hayan de suceder al fallecimiento de los herederos vitalicios, ya sean las hermanas y sobrinos, ya sus representantes:

Considerando que, abstracción hecha de la eficacia que con referencia a tercero pueda concederse al inventario y manifestación de bienes formalizado por el testador don Andrés Ruiz, heredero vitalicio de su mujer, sin intervención de los que en su caso y tiempo hubieran de ser herederos como más próximos parientes, en nombre de los cuales, por no poder ser entonces reconocidos, intervino el Ministerio fiscal, está fuera de duda que, no declarándose por la sentencia que el actor fuera el más próximo parente de doña Gregoria Montejo con derecho a la intervención, ni combatiéndose este particular por los medios que la ley autoriza, carece el recurrente de acción para impugnar el inventario y manifestación de bienes, y que al así determinarlo la Sala, no ha cometido la infracción que se supone en el segundo motivo del recurso:

Considerando que tampoco se ha cometido la infracción que se alega en el motivo 3.^o, porque la sentencia absolvatoria resuelve en sentido negativo todas las pretensiones de la demandada, con lo cual guarda, por tanto, perfecta congruencia, y porque la reserva de un derecho sobre el cual no hace declaración alguna nada resuelve definitivamente, ni en ella puede fundarse el recurso de casación.

Demandada por un sobrino la nulidad del testamento de su tía, fundándose en aparecer instituidas personas inciertas, se pronuncia, a virtud de los siguientes argumentos, la sentencia de 15 de noviembre de 1907, por su validez:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso tienden a demostrar que en el testamento, o más bien testamentos de don Pablo Villalobos y Portillo, no existe designado heredero cierto para sacar la consecuencia de la nulidad de la institución hereditaria; mas como quiera que claramente se determina en aquéllos que *el heredero en propiedad, después del fallecimiento del usufructuario, había de ser el parente más cercano y más joven de las ramas de sus difuntos padres*, no existe fundamento racional alguno para sostener que haya incertidumbre para conocer en su caso y día la persona o personas del heredero nombrado, por ser notorio que las referidas condiciones son muy suficientes al objeto de determinar la persona en quien concurran, lo mismo con relación a la muerte del testador que la del último usufructuario; no

siendo dable confundir el concepto de incertidumbre con la circunstancia de que hasta ahora no se haya inquirido y patentizado nominal y concretamente quién sea el pariente más joven y más cercano de las ramas de los padres del testador llamado a la sucesión hereditaria, como tampoco es establecer igual confusión entre la incertidumbre y la capacidad del heredero; por todo lo que son de desestimar dichos dos primeros motivos del recurso, sin que sea necesario discurrir, sentados esta base y supuestos sobre los demás razonamientos que con relación a los considerandos de la sentencia hace el recurrente:

Considerando que tampoco es de estimar el tercer motivo del recurso, porque el testador en sus testamentos revela con la suficiente claridad el propósito de socorrer, en primer término, a sus parientes, y después emplear los bienes en la Beneficencia pública, conciliando ambos propósitos en la forma que en sus disposiciones testamentarias establece, a la que no afecta sustancialmente la manifestación que hace relativa a la creencia de que las leyes no permiten instituir herederos a comunidades religiosas, manifestación que no puede por tal razón ser considerada causa falsa determinante de la voluntad del testador en dicha forma:

Considerando, finalmente, que no existe la incongruencia a que el último motivo se refiere, porque patentizada por los fundamentos expuestos la falta de acción del recurrente y la procedencia y consiguiente de la absolución de la demanda se hace innecesaria ninguna otra declaración:

Combinado con la prescripción, viene a señalar la validez del llamamiento a favor del heredero de la línea de una casa, según dice el Supremo, en recurso procedente de la Audiencia de Barcelona, en la sentencia de 25 de abril de 1929:

Considerando que, basado el primer motivo del recurso en el error de hecho y de derecho en que se supone incurrió la Sala sentenciadora al aceptar al demandante como heredero en línea recta de la casa Sitjar, es evidente que procede su desestimación por cuanto esa apreciación de prueba la hizo el Tribunal de Instancia, según consta en el segundo fundamento de la sentencia recurrida, teniendo en cuenta la prueba documental y de testigos, y no puede estimarse que demuestre la evidente equivocación del juzgador el documento que se cita en el recurso a los efectos del

error de hecho, ni tampoco puede admitirse la existencia de error de hecho en la prueba de testigos por la incorrección que se supone del artículo 1.248 del Código Civil, pues aparte de que este artículo sólo contiene una mera recomendación que deben de tener presente los Tribunales, es lo cierto que en el caso de autos no ha sido desatendido, toda vez que el testimonio de los testigos a que se alude fué apreciado conjuntamente con prueba documental, y por ello no puede decirse que con él exclusivamente forma la Sala su juicio:

Considerando que interpretada en la sentencia recurrida, según consta al final de su primer fundamento, la institución de heredero en el que *el actor basa su derecho a la restitución de la dote* de doña María Sitjar, en el sentido de que *fué hecha en cuanto a la dote para después de la muerte de los usufructuarios designados* en favor del que fuera heredero en línea directa de la casa Sitjar, de donde ella descendía, es visto que de esta interpretación hay que partir para la resolución del segundo motivo del recurso por no haber sido combatido en forma alguna por el recurrente:

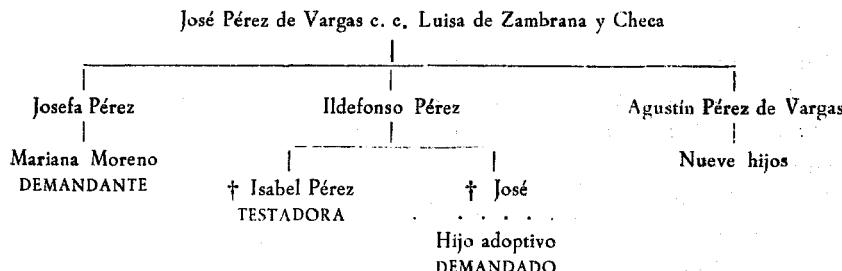
Considerando que dada la indicada interpretación forzoso es estimar que se trata de una institución de heredero condicional, ya que la determinación de la persona llamada a la herencia dependía de la eventualidad de quien fuera el heredero en línea recta de la casa Sitjar el día en que falleciera el último usufructuario de la dote:

Considerando que, sentado lo anterior, es visto que, conforme a lo establecido en el artículo 1.114 del Código Civil, aplicables por virtud del 791 al caso de autos, *el derecho del actor no nació hasta que tuvo efecto el acontecimiento de que dependía*, y por ello, como el fallecimiento de la última usufructuaria tuvo lugar en el año 1902, y la demanda, ejercitando la acción de restitución de la dote discutida, se presentó antes de transcurrir los treinta años a partir de la indicada fecha, es indiscutible que no podía estimarse prescrita, conforme a lo establecido en el *Usatje Omnes causae*, y, por tanto, al desestimar la Sala sentenciadora la excepción de prescripción alegada no ha incurrido en las infracciones de la ley y de la doctrina ni en los errores en la apreciación de la prueba que sirven de fundamento al segundo motivo del recurso, que debe ser, en su consecuencia, desestimado:

Considerando que a igual conclusión se llega interpretando la cláusula, como lo han hecho las partes litigantes, se indica en el recurso y se desprende de la relación del testamento de doña María Sitjar, que obra en el apuntamiento y en los Resultados de la sentencia, o sea, como una institución pura en favor del que fuera heredero de la casa Sitjar al fallecimiento de la testadora, que, dado el contenido del testamento del marido de ésta, don Buenaventura Noguet, con relación a la dote de su esposa y la convivencia constante de ésta, después de la muerte de su esposo, con los herederos de éste, no puede estimarse que durante estos once años corriera el plazo prescriptivo de la acción, ocurriendo durante la vigencia de los usufructos ordenados por doña María, pues dada la coincidencia de ser la misma persona los usufructuarios de la dote y los herederos de don Buenaventura obligados a restituirla, y la correlación que existe entre el usufructo y la nuda propiedad de unos bienes que, como afirma el recurrente y proclama la jurisprudencia de esta Sala, es tal, que no puede suponerse el uno sin la otra, es claro y evidente que la posesión del usufructo primero por don Feliciano y después por doña Dolores envolvía para ellos, en el doble carácter que ostentaban, el reconocimiento continuado del derecho del nudo propietario, hoy demandante, y la obligación de restituir en su día la dote usufructuada, dada la naturaleza del usufructo y disposiciones legales que lo rigen, y, por tanto, ese reconocimiento continuado impedía que corriera el plazo de prescripción; confirmando lo expuesto la consideración de que constituyendo el usufructo el derecho a disfrutar los bienes ajenos es inconscuso que, siendo *dinero el bien usufructuado, no podía ejercitarse la acción de restitución hasta que el derecho a su disfrute cesara*, es decir, al término del usufructo que tuvo lugar en el año 1902.

El problema de que el heredero debe existir, en el momento de la apertura de la sucesión, viene más bien que referido a una *conditio iuris*, a una circunstancia del llamamiento, cuando éste, por su naturaleza innominada, se remite al pariente más próximo del testador en el momento de la muerte del usufructuario, pero, como se vió también en la sentencia anterior, el requisito de supervivencia se cumplía en el heredero, puesto que estaba en la línea llamada, pero *su derecho expectante no puede transmitirse por*

acto testamentario del pariente llamado. Este es el supuesto de un hijo adoptivo instituido heredero por su padre, frente al derecho de un primo hermano de éste que sobrevivió al usufructuario, planteándose este problema en la sentencia de 29 de diciembre de 1933, que con relación a la línea paterna, que es una de las llamadas, presenta el siguiente árbol:



El carácter imantado que tienen estas disposiciones familiares determina que a través de la interpretación del testamento los bienes vayan a los parientes más próximos, excluyendo de este concepto al hijo adoptivo, diciéndose por el Tribunal Supremo:

Considerando que en materia de sucesión es la voluntad del testador la primera y principal regla a que ha de acomodarse el juzgador para decidir los litigios que se susciten entre los que se crean con derecho a determinados bienes hereditarios y para interpretar y acatar debidamente aquella voluntad, es norma legal de inexcusable observancia el artículo 675 del Código Civil, por virtud del cual deberá entenderse toda disposición testamentaria, en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador; y en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento:

Considerando que amparándose este recurso en los números 1.^º y 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero por estimar el recurrente que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 675 del Código Civil, y el segundo, por atribuirle error de hecho en la apreciación de la voluntad del causante, contraviniendo lo ordenado por ésta en la cláusula 18 de su testamento, a cuyo efecto se cita el propio testamento como documento auténtico demostrativo de ese evidente error, corresponde

a este Tribunal, según la doctrina establecida, entre otras sentencias, en las de 27 de septiembre de 1930 y 16 de enero de 1932, examinar si, en efecto, incide el Tribunal *a quo* en el error que se le atribuye mediante el estudio de esta disposición testamentaria, y ella es tan clara, tan concreta y tan reveladora de la voluntad del causante, que basta su simple lectura para adquirir pleno convencimiento de cuál fué la intención y la voluntad que con ella se quiso exteriorizar y que con absoluta fidelidad se expresó, dejando determinados bienes en *usufructo al esposo para que los disfrutara mientras viviera, y a su fallecimiento pasaran en pleno dominio a los parientes más próximos de la testadora*, tanto por línea paterna como materna, que a la sazón existieran; y, claro está, que calificar de «confusa» y «difusa» esta cláusula, para buscar métodos de interpretación que notoriamente la contradicen lo mismo en su sentido literal que en su espíritu, apartándose para seguir aquel método de la única norma legal, apropiada para el caso, que es, como se ha dicho, el artículo 675 del Código Civil, que da como resultado una interpretación contraria en absoluto a lo que fué la voluntad de la testadora, puesto que *deseando ella que los bienes de que se trata pasaran a sus parientes más próximos, «que existieran al fallecimiento del usufructuario», por aquella interpretación errónea se había de transmitir a un extraño como derechohabiente de un hermano de la causante que premurió al referido usufructuario*; y como para llegar a esta conclusión fué necesario prescindir por completo del repetido artículo 675 del Código Civil, acogiéndose, en cambio, a otros preceptos de notoria inaplicación a este caso por no referirse a reglas de derecho que guarden relación con la materia de interpretación testamentaria de que ahora se trata, es visto que procede estimar los tres motivos del recurso:

Considerando que también procede la estimación del cuarto y último motivo, fundado en el número 2.^º del artículo 1.692, en relación con el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque siendo un pronunciamiento del fallo recurrido que se practique una rendición de cuentas que por ninguna de las partes se solicitó, es indudable que la resolución adolece del vicio de incongruencia que debe declararse a los efectos de la casación:

Conviene subrayar la constante sucesoria de que los bienes queden dentro de los parientes de sangre.

b) *Disposiciones a favor de personas ciertas.*—El artículo 750, dispone: «Toda disposición en favor de persona incierta será nula, al menos que por algún evento pueda resultar cierta.» Anteriormente nos hemos ocupado de la dificultad para la inscripción de alguno de estos llamamientos, en otras ocasiones se anula alguna institución fideicomisaria bajo este epígrafe, pero este supuesto jurisprudencial no se da en sustituciones encabezadas por el usufructo. Podemos citar en este lugar la resolución de 31 de enero de 1931, procedente del Registro de la Propiedad de San Feliú de Llobregat, en la que los usufructuarios sucesivos—dos matrimonios—pretenden adelantar el orden e inscribir a favor del primero el usufructo, y al del siguiente la nuda propiedad, contra lo que resulta de la siguiente cláusula:

Y de los mismos, sus restantes bienes y derechos, presentes y futuros instituye herederos universales a los hijos de los citados consortes, don Pedro..., llamados don Ramón y doña Antonia Boley y Martín, y a los demás que dejaren dichos consortes en el día de su fallecimiento, en la proporción de dos terceras partes los varones y la restante tercera parte las hembras, a sus libres voluntades, sustituyéndolas entre sí vulgar y pupilarmente.

Consecuencia lógica es la denegación de la inscripción, que no tienen en cuenta los derechos de los llamados como nudo propietarios, diciéndose:

«Considerando que si en el antiguo Derecho romano, todo acto solemne debe practicar el contenido concreto de la voluntad dirigida a la creación de relaciones jurídicas y por autoridades de gran fama se ha puesto de relieve, como rasgo fundamental del mismo, la repugnancia hacia la incertidumbre o la indeterminación o la tendencia hacia lo cierto (*certum*). También se afirma por los romanistas que en el derecho, hoy denominado clásico, y que entra hoy como supletorio en las fuentes catalanas, los elementos que integran la relación jurídica pueden quedar indeterminados y las personas ser designadas de un modo vago e impreciso, y así era lícito al testador legar todo lo que una persona pudiera recibir, según las leyes, y se podía prometer lo que el Juez tenga por válido que otro deba, y cabía establecer la obligación de restituir a los que hubieran sucedido a una persona determinada en un supuesto especial:

Considerando que al principio de que el heredero ha de vivir en el momento de la muerte del testador, para poder hacer efectivo su derecho aparece desvirtuado en general, por los fideicomisos familiarmente válidos *en el Derecho romano justineaneo, aunque los fideicomisarios no hubiesen sido concebidos al morir el «de cuius», y en especial por los llamamientos hechos a favor de los hijos, nietos y demás descendientes legítimos, sin designarlos nominalmente, por la institución en segundo término de los hijos de las personas llamadas en primer lugar por orden sucesivo, y mucho más por la sustitución ordenada a favor de la persona a quien de derecho corresponda:*

Considerando que sin necesidad de discutir si rige en Cataluña el art. 750 del Código Civil, a cuyo tenor toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta, ha de reconocerse que *los autores de Derecho catalán moderno no consideran personas inciertas a los parentes de cierto grado, aunque de momento no resulten determinados, y que al mismo tiempo que declaran la incapacidad absoluta de las personas inciertas, para ser instituidas herederas dejan a salvo la circunstancia de que por algún evento pueden resultar ciertas:*

Considerando que no puede argüirse en apoyo de la opinión del recurrente que en el reseñado testamento don Pedro Nadal y Jove lega el usufructo de todos sus restantes bienes y derechos, primero a los consortes Bolet-Pol y después a los consortes Bolet-Martí, con lo cual no tienen naturaleza fideicomisaria, porque aparte de que no se llama a la nuda propiedad, sino que se instituye herederos universales a los hijos de don Pedro Bolet y doña Antonia Martí, en la proporción de dos terceras partes los varones, y la restante tercera parte a las hembras, *son tan íntimas las analogías que establecen entre la institución usufructuaría y la fiduciaria, que los juristas regionales concluyen por atribuir al heredero en usufructo, cuando el universal no llega a ser heredero, el carácter y los derechos de un verdadero heredero universal, y declaran paliadamente que cuando un heredero es instituido durante su vida, si para después de su muerte se instituye otro heredero, el primero se asimila al fiduciario y el segundo al fideicomisario.*

Considerando que en virtud de los anteriores razonamientos

debe aplicarse al caso discutido la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1911, según cuyos términos *no puede atacarse la validez de la institución en favor de los hijos que el heredero dejase al morir de su actual matrimonio*, por creer que así se instituyen personas inciertas, pues no lo son, conforme al art. 750 del Código Civil, las que por algún evento puedan ser conocidas, como lo serán en el momento que los sustitutos ocupen el lugar del instituido, cuya muerte pondrá término a la incertidumbre por lo que hace al número de favorecidos; y, en su virtud, debe mantenerse, para la resolución de este recurso gubernativo, la doctrina de la citada resolución de 23 de julio de 1924, que admitía como excepción a la regla jurídica de que el heredero ha de existir en el momento de morir el causante, los llamamientos de tipo fideicomisario o asimilable al mismo».

Como la sentencia de 1911 fué dictada precisamente en un caso de sustitución fideicomisaria, pero tratándose de una sentencia piloto, es obligado un préstamo a aquella institución, como matriz del usufructo vincular que se hará más adelante, con otras concordantes.

31.—LAS INSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS A FAVOR DE LOS «NASCITURUS».

La proyección testamentaria directa puede ser estática y dinámica. En el primer caso el testador dispone de sus bienes sobre el cuadro familiar actual, eligiendo entre ellos a sus herederos o legatarios, apartando a los otros parientes con su omisión, cuando no a todos por designar una persona extraña. Más previsor si ésta es dinámica; son los casos de sustitución vulgar o pupilar, en que la perspectiva del testador admite supuestos alternativos, pero siempre referidos a un solo momento: al de su defunción. Sin embargo, en casi la totalidad de los casos veremos que existe una regla común a las sucesiones directas, la expresión nominal del heredero y de sus sustitutos. Su falta de previsión y ajuste da lugar al fenómeno jurídico de la preterición o premoriencia de intereses, pues algunos vienen a englobarlo con el del llamado derecho de «representación», cuando el momento de la vacante en el heredero, en el uno, es anterior a la apertura de la sucesión, y en otros

precisamente es después de la delación hereditaria cuando hay institución fideicomisaria.

Las cosas ocurren de otra forma, por regla general, en la sucesión indirecta. La perspectiva del testador se fija en dos momentos sucesorios, y en estos dos focos se concentra la doble delación testamentaria: un primer heredero o usufructuario y sobre el *ordo successivus* (muerte de éste), las personas que han de recoger entonces definitivamente su herencia o legado. A poco que se quieran prolongar los llamamientos, y lo corriente, cuando se entra en la institución, es agotar los límites legales, la designación no puede ser nominativa, ha de tomar una forma indeterminada. Esta elasticidad simplemente literaria toma consistencia jurídica, con el llamamiento a favor de un «*nascituri*», cuya capacidad se remite a su existencia en el momento de la muerte del usufructuario o fiduciario, pues por definición, son las personas que no existan en el momento de la primera apertura de la sucesión.

De este principio conviene sacar la natural consecuencia y asimilación, si la existencia del heredero en el momento de la sucesión viene a ser *conditio iuris* de la sucesión testamentaria, igual carácter y parificación convendrá al mismo requisito con relación al *nasciturus*, pero con relación al *dies veniens*, con cuya remisión se la quita al llamamiento el carácter de condicional, sin perjuicio de que pueda tenerlo por otra particularidad de la institución. Esta idea está sostenida por ROCA SASTRE en *La eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nasciturus»* (RDP, 1946), donde dice: «Hay cierta resistencia a admitir que el llamamiento de los *nasciturus* puede constituir una condición del llamamiento a su favor. Así, los derechos condicionales del *nasciturus*, fundándose en que los derechos condicionales no suponen menos que un sujeto que los incondicionales. POLACCO (*Delle successioni*, I, pág. 216), tampoco admite el juego de la condición suspensiva, en el caso de llamamiento eficaz de los *nascituri*, permitiendo en el derecho italiano, apoyándose para ello en que no cabe confundir con los elementos esenciales del acto que son *conditiones facti*, el elemento esencial del mismo, o sea las *conditio iuris*, las cuales en ningún caso pueden transformar en condicional una relación jurídica. La institución de heredero de un *nasciturus* no es una disposición condicional, porque el evento futuro e incierto es la pro-

pia existencia de la persona favorecida, o sea el elemento esencial del acto.»

Los llamamientos amayorazgados puede decirse que por excepción se encuentran en nuestra casuística usufructuaria, y por ello la característica de estos llamamientos se concreta con poder expansivo sobre una o varias líneas, y en este caso con la correspondiente atracción de la sustitución recíproca encadenada en varios momentos, tantos como fiduciarios estén llamados a la sucesión directa. Esta problemática, con llamamientos indiferenciados, generalmente los hijos de los instituidos, viene a concretarse en el supuesto doctrinal de los llamados derechos de «representación» y de «acrecer».

32.—EL LLAMADO DERECHO DE «REPRESENTACIÓN» ENTRE LOS FIDEICOMISARIOS.

La sentencia de 7 de junio de 1950, antes copiada, hacia dos afirmaciones fundamentales: que no había lugar al derecho de representación, pues se trata de un *post usufructo*, pero al propio tiempo llegaba por la vía del recurso a idéntica conclusión por el principio de la transmisibilidad de los derechos. Consecuencia del particularismo del recurso de casación y congruencia en general de los fallos, es muy importante fijarse en la acción ejercitada por el acto o recurrente, pues se puede llegar a soluciones antagónicas, según la vía utilizada, o ésta forzar la solución del asunto, vieniendo a la consecuencia análoga de la sucesión *in stirpe*; por la ley o el derecho.

El principio jurisprudencial de la no representación viene a reiterarse en la sentencia de 6 de diciembre de 1952, de la que por su generalidad se trae sólo el siguiente:

«Considerando que en campo de amplio horizonte jurídico, contemplado a través de muy autorizada doctrina científica y de alguna de las legislaciones extranjeras más modernas, se advierte una decidida tendencia expansiva del *impropriamente llamado derecho de representación*, en particular acogiendo con naturales y reducidas limitaciones su encaje en la sucesión testamentaria, tanto por razón de la presunta voluntad del testador como por

motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, de tan notoria relevancia en el caso concreto de premoriencia del hijo instituido heredero, que seguramente inspiraron las reglas clásicas *«in locus patris sui»* y *«filii appellatione omnes liberus intellegimur»*, que daban franca entrada a los nietos en la herencia del abuelo por *presunto llamamiento*, siquiera estas reglas hayan perdido su originaria pureza en el Derecho intermedio que las caracterizó, aplicándolas solamente al supuesto de que, *en régimen de sustituciones, los hijos llamados a la herencia fueran designados genéricamente, y no si el llamamiento se hace de forma nominativa»*.

El interés de esta sentencia precisamente que proscribe la representación, viene a autorizar los llamamientos a favor de los hijos de las sustituciones catalanas, aplicándose también en el derecho común como resulta de la sentencia de 31 de diciembre de 1895, que aplica este principio tomándolo de la norma general de interpretación de voluntad contenida en las Partidas, igual al vigente 675, citando otros precedentes doctrinales, sin recurrir a la norma de Paulo, D. 50, 16, 84: que agrupa la lexicografía jurídica romana *«De la significación de las palabras»*, diciendo sobre el particular: *«Con la denominación de «hijos» entendemos todos los descendientes.»* Se trata simplemente de situar en el campo de la voluntad presunta, opuesta a la representación de que se trata en la sucesión legítima, que por naturaleza es legal, y donde sólo cabe interpretar la ley, no la voluntad del testador, aunque sus efectos sean análogos. La interpretación cambia, según el llamamiento sea nominativo o a favor de los hijos.

De este orden se conserva y aplica otra ley romana, en la sentencia de 30 de junio de 1928, entre otras, para Cataluña, en la que dice:

Considerando que, de acuerdo con el principio romano en materia sucesoria en virtud del que el amor primero desciende, después asciende, y, en último término, se extiende colateralmente la ley 102, título L, Libro XXXV del Digesto declara *«que habiendo un abuelo instituido herederos a un hijo y a un nieto a quien pidió que si muriese dentro de los treinta años restituyese la herencia a su tío paterno; habiendo fallecido dicho nieto dentro de dicha edad, pero dejando hijos, por conjetura de piedad, faltó*

la condición del fideicomiso, porque se entendía que había escrito menos que había dicho», y la ley 30, tít. XLII, Libro 6.^o del Código de Justiniano lo ratifica...

Estos problemas históricos que tienen su lugar adecuado en el campo de la sustitución, pero en su relación con la interpretación de la voluntad testamentaria, pueden interferirse por la proscripción del número 1.^o del art. 785, con prohibición de las conjeturas, o sea obligando para la validez de las sustituciones a que éstas se hagan de una manera expresa, y este principio primordial para el derecho catalán, que no la ha recibido en los dos particulares anteriores, al no aplicarse a dicho derecho foral, ha dejado en tablas su problema típico de los hijos puestos en condición, que precisamente se trataba de atajar, poniendo fin al escolasticismo tan criticado, que siguió la glosa y que mereció, por la incertidumbre y variedad de opiniones, una cruel ironía de MONTAIGNE en sus conocidos *Ensayos* (relegaba el cuento al problema jurídico, a una cuestión de amistad).

Dada la amplitud del tema, basta con acotar un resumen de la posición de la doctrina española, diciendo OSSORIO MORALES, en su *Manual de sucesión testada*: «Las figuras más destacadas de nuestra doctrina tradicional (Sánchez Román, Valverde, De Diego, Manresa, etc.) se muestran opuestas a la posibilidad de aplicar a la sucesión testada el derecho de representación, con base principalmente en el argumento de tipo formal o sistemático que resulta del emplazamiento de los preceptos que regulan este derecho... No obstante cuanto queda dicho, en la doctrina española se advierte una decidida tendencia expansiva del impropriamente llamado derecho de representación, en el sentido de su encaje en la sucesión testamentaria, tanto por la voluntad presunta del testador como por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario, tan manifiestos en el caso de premociencia del hijo instituido heredero. Tendencia a la que, por una parte, ha contribuido, con su difusión, el nuevo Código civil italiano, en cuanto en él se extiende el principio de representación de la sucesión testada, y, por otra parte, la contemplación de la doctrina jurisprudencial, según la cual, *en materia sucesoria bajo la palabra hijos se entienden generalmente comprendidos los nietos y demás descendientes en línea directa, con lo cual prácticamente*

y de un modo indirecto se viene a reconocer un efecto semejante al que el derecho de representación origina... En sentido opuesto opina el tratadista ROCA SASTRE, quien incluso de *lege ferenda*, estima que existen motivos para no extender la representación a la sucesión testada, considerando que dicha institución no sólo es inadecuada en la sucesión testamentaria, sino innecesaria, ya que ésta cuenta con la *sustitución vulgar* mediante la cual puede el testador prever la hipótesis de que uno de sus hijos le premuera, llamando para tal supuesto a la estirpe. Y afirma que si el legislador introdujere el derecho de representación en la sucesión testamentaria, ello equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*.

Los problemas de léxico o ámbito son siempre fundamentales, pues por operarse en campos distintos, se pueden establecer oposiciones que en realidad son aparentes por el uso de acepciones distintas, muy importantes cuando la palabra representación es metafórica, y, por tanto, se trata de un fenómeno de espejismo, producido en distintos campos sucesorios y en momentos distintos, con diversidad de causa y analogía de efectos. El comentario de ROCA SASTRE hay que relacionarlo con los siguientes textos positivos de la legislación italiana:

Artículo 890 del Código de 1865: «Quedará sin efecto cualquier disposición testamentaria, si aquel en cuyo favor se ha hecho no sobreviviese al testador, o fuese incapaz.

Sin embargo, los descendientes del heredero o del legatario premuerto o incapaz participarán de la herencia o legado en los casos en que la representación se admitiera en su beneficio, tratándose de sucesión *ab intestato*, excepto cuando el testador disponga otra cosa, o si se tratase de legado, usufructo u otro derecho que por su naturaleza sea derecho personal.»

Artículo 467 del nuevo Código italiano de 1942: «*Noción.*—La representación hace sub-entrar al descendiente legítimo en el lugar y en el grado de su ascendiente, en los casos en que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia.

Se tiene representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha previsto para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado y siempre que no se trate de legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza temporal.»

De la simple lectura todos estos problemas se refieren a los supuestos de la primera sucesión, que gira alrededor del *dies cedens*, y entonces, como más adelante veremos, la solución radica en si el llamamiento fideicomisario puede convertirse en sustitución vulgar.

Otro es el supuesto de que fallezca el fideicomisario después de la muerte del testador, y en este caso, el confusionismo puede existir entre dos instituciones afines, que separa la resolución de 22 de diciembre de 1949:

Existen esenciales diferencias entre el *jus representationis*, regulado por los arts. 924 al 929 del Código Civil, y el *ius transmissiones*, a que se refiere el art. 1.006; para el primer derecho se requiere la premoriencia del representado; éste no llega a ser heredero, y el representante sucede directamente a aquél; y, por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia al causante del transmitente, y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión, de todo lo cual dimana una dualidad de situaciones jurídicas cuya fundamental diferencia doctrinal y cuya importante consecuencia práctica puso de relieve el Tribunal Supremo al declarar reiteradamente que el nieto que heredare al abuelo por derecho de representación del hijo premuerto, puede aceptar la herencia de éste a beneficio de inventario, y la de su abuelo pura y simplemente, con lo cual no queda obligado a responder de las deudas del padre sino hasta donde alcancen los bienes heredados del mismo.

Por tanto, el complejo que se llama «derecho de representación» en la «sucesión testamentaria» conviene desdoblarlo en los distintos ángulos en que nos los viene presentando la jurisprudencia, para ver ya no sólo su nombre, que siempre es impropio, sino los análogos efectos pretendidos.

33.—LOS LLAMAMIENTOS FIDEICOMISARIOS «POST MORTEM» A FAVOR DE LOS HIJOS DE UNA PERSONA.

Conforme se avanza en el estudio del usufructo vincular se adentra el trabajo en la sustitución fideicomisaria, que aparece como institución matriz, y por ello es preciso continuar presentando algún aspecto de la jurisprudencia que en ésta aparece más

clara, sobre la vacante del fiduciario, pues cuando se trata del usufructuario, la doctrina, como se vió, no siempre ni es acorde ni convincente, y con la forma voluntaria, de la renuncia del derecho temporal se quieren quemar las etapas sustitutorias.

En particular aparece citada, en la sentencia de 31 de enero de 1931, la sentencia de 11 de marzo de 1911, de gran interés, puesto que por la falta de fiduciario hay que definir la situación de los hijos llamados como sustitutos, como resulta de la siguiente cláusula testamentaria:

En la vigésima, instituyó heredero universal a su tutor, don Ildefonso Alonso Maza, quien podía disponer libremente de todos los bienes restantes, derechos, acciones y demás haberes que por cualquier título, causa o motivo, le pertenecieran, y en la vigésimo-primerá dispone que para el caso de que el repetido don Ildefonso Alonso Maza, heredero instituido en la cláusula anterior, *le premuera o por cualquier motivo no sea su heredero*, instituye en sustitución herederos universales a los hijos e hijas de legítimo y canónico matrimonio que el citado don Ildefonso hubiese dejado al morir, por partes iguales, y también a sus respectivas libres voluntades.

Esta sustitución fideicomisaria, compendiosa, puesto que ésta comprende las dos modalidades, vulgar y fideicomisaria, sin que por la naturaleza de la sustitución pueda fundirse en una sola, diciéndose en esta primera resolución por el Supremo:

Considerando que es improcedente el primero de los motivos de casación en que se funda este recurso, porque en él se alegan errores de hecho y de derecho que no ha cometido la Sala sentenciadora, que tuvo presentes y en consideración todos los documentos y actuaciones a que el recurrente se refiere, y les atribuyó una eficacia probatoria y un valor legal en consecuencia a lo que disponen los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil, 596 y 597 de la Ley Ritual, si bien con alcance distinto a las pretensiones del demandante.

Considerando que también es improcedente el motivo alegado contra la validez de la institución del heredero en favor de los hijos que éste al morir dejase de su actual matrimonio, en el supuesto de que así resultan instituidas personas inciertas, pues no lo son, conforme al artículo 750 del Código Civil, cuando por algún

evento pueden ser conocidas, como lo serán en el momento que los sustitutos ocupen el lugar del sustituido, cuya muerte pondrá término a la incertidumbre, por lo que hace al número de los favorecidos con esta herencia, que pueden ser más o menos de los que en tal concepto han figurado ya como demandados en este pleito:

Considerando que también es improcedente este recurso en aquella parte dedicada a probar que los hijos son personas interpuestas para dar validez a la disposición testamentaria hecha por el pupilo en favor de su tutor, pues el Código Civil, en su artículo 755, establece esta prohibición para evitar que en tal forma y con fraude de la ley sean herederos los que no puedan o no deban serlo, y que en la sentencia recurrida no se afirma ningún hecho que autorice esa presunción, y en el caso presente, ni aun en el concepto de usufructuario de sus hijos menores podrá el incapacitado disfrutar de una herencia que, mientras él no muera, aquéllos no podrán reclamar:

Considerando que las disposiciones de carácter restrictivo no pueden entenderse sin ampliarse a otros casos y personas que a los comprendidos en ellas, y por tal razón es forzoso no aplicar el precepto prohibitivo que limita la testamentifacción activa del pupilo en favor de su tutor a los hijos de éste, sobre los cuales nada dispone el artículo 753 del Código Civil, aparte de que si el legislador hubiera creído que debiera hacerlo habría hecho la declaración que en los artículos 752 y 754 hizo respecto a los parientes dentro del cuarto grado del confesor y el Notario que asistieran al testador en su última enfermedad:

Considerando que por las mismas razones expuestas es improcedente este recurso en sus tres primeros motivos, y asimismo en lo que respecta al cuarto y último, porque entraña una cuestión no debatida en el pleito durante el cual y en el momento oportuno no se pidió que se aplicara el artículo 805 del Código Civil, y sería vulnerar las reglas más elementales del procedimiento civil resolver en casación lo que no fué demandado ni discutido por las partes:

Esta fisura permite volver a plantear el problema sustitutorio, bajo este aspecto, viniendo a resolverse en la sentencia de 12 de febrero de 1915, procedente de Barcelona, con el contenido siguiente:

Considerando que la cuestión esencial de este pleito, tal como fué planteada por las respectivas representaciones de las partes, y teniendo presente los fundamentos aducidos, ha versado sobre la interpretación que debe darse a la cláusula 21 del testamento otorgado por don Fernando Diego en 6 de abril de 1907, sosteniendo la demandante y los demandados opuestos criterios al apreciar el verdadero carácter y alcance la sustitución que ordena el testador cuando hace la institución de herederos para el caso de que premuera o por cualquier motivo no sea su heredero don Ildefonso Alonso y Maza, primeramente designado en la cláusula 20, anulada por sentencia firme recaída en otro litigio:

Considerando que bien se entiendan en sentido literal las palabras usadas en dicha cláusula 21 por el testador, ya por dar éste a conocer claramente su voluntad y su intención, es manifiesto, relacionando esa misma cláusula con las demás del testamento, que don Fernando Diego, sin heredero forzoso, dispuso quiénes habían de ser sus herederos en el caso de no serlo el instituido en primer término, designándolos de un modo explícito, para que no se anule la institución por recaer en personas inciertas y haciéndolo en forma rigurosamente legal autorizada en los artículos 769 y 771 del Código Civil, y, por consiguiente, *declarado incapaz don Ildefonso Alonso para heredar, se da uno de los supuestos de la sustitución definida en el artículo 774 del mismo Código; y desde ese momento los hijos de aquél, ahora demandados, son tales herederos instituidos, adquiriendo los derechos hereditarios del testador y no del sustituido, que nunca llegó a adquirir esos derechos, sin que obste la posibilidad de tener Alonso y Maza, cuando muera, más hijos de legítimo y canónico matrimonio, pues esta circunstancia sólo puede afectar a la determinación de la cuantía de la herencia correspondiente a los hijos «que hubiese dejado al morir»*, deduciéndose de cuanto queda expuesto que la Sala sentenciadora no ha infringido el artículo 675 del Código Civil, como erróneamente se afirma en el segundo motivo del recurso:

Considerando que tampoco cabe estimar la infracción del artículo 799, alegado por su aplicación indebida en el mismo segundo motivo, supone el recurrente que el derecho de los hijos de don Ildefonso Alonso a la herencia de don Fernando Diego no pueden transmitirlo hasta que lo adquieran cuando muera el padre, pues,

como ya se ha dicho, estando cumplida una de las condiciones de la sustitución genérica, establecida en la ley, o sea, la imposibilidad de heredar el primer instituido, adquieran los sustitutos sus derechos hereditarios directamente del causante y desde el momento de su muerte, por lo cual sólo puede admitirse interpretando racional y legalmente la cláusula 21 del testamento, que esta contiene una condición suspensiva para entrar aquéllos en posesión de los bienes hereditarios, condición que no afecta a la preexistencia de sus derechos, porque, según se desprende de los términos del referido artículo 799, y se ha declarado por este Tribunal Supremo, las instituciones a día cierto, o que indudablemente ha de venir como la muerte de una persona, crear derechos transmisibles a los herederos de los instituidos al fallecimiento del testador:

Considerando que, demostrada la acertada aplicación hecha por la Sala sentenciadora de ese artículo 799, resulta notoriamente infundada la supuesta infracción de los artículos 801, 802 y 803 del repetido Código, señalada también en el propio segundo motivo de casación, ya que esos tres preceptos son concordantes y complementarios del primero; y como para ellos se regulan los pormenores de la administración de la herencia para el caso de hacerse la institución de heredero bajo condición suspensiva, no es de aplicación el artículo 805, que también se dice violado, porque existiendo dicha institución en la forma expresada, no puede legalmente abrirse la sucesión intestada para llamar a los sucesores legítimos, pues con ello se crearía un estado de derecho opuesto al que estableció el causante en uso de su facultad de testar:

Considerando que desestimadas por no tener debida justificación las infracciones señaladas con referencia al punto capital objeto del recurso, es innecesario y resultaría ocioso ocuparse de las demás indicadas en el segundo motivo y en el primero y tercero, porque o no guardan relación directa con la cuestión principal resuelta en la sentencia recurrida a las que son también aplicables los fundamentos anteriores.

Vienen a quedar apartados los parientes de tercer grado del testador, que pretendían entrar en sustitución del tutor instituido antes de aprobarse las cuentas, siendo una de las resoluciones más comentadas, diciendo sobre ello ROCA SASTRE, en sus anotaciones al *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus*: «Lo que no puede sos-

tenerse, como pretende la sentencia de 12 de febrero de 1915, es que la circunstancia de ser llamados herederos los hijos de una persona distinta del testador tenga al morir, implica por sí sola, o sin más, un llamamiento bajo condición suspensiva, aunque se entienda que ésta únicamente suspende la entrada en la posesión de la herencia no en su adquisición. Para esto se requiere un precepto legal específico, que en alguna legislación especial existe, pero que en nuestro Código Civil falta.» Realmente la concordancia de 799, con los artículos 801 a 803, establecidos para la condición neta, es poco afortunada, a menos que se le dé una interpretación amplia a la condición y se considere el término, con la *conditio iuris* superpuesta de sobrevivencia.

Ampliamente se pronuncia sobre este asunto VALLET DE GOYTISOLO, en su notable trabajo *Fideicomisos a término y condicionales* (ADC, 1956), diciendo: «La sentencia de 12 de febrero de 1915 afirma, en esencia, esa opinión. En un supuesto de sustitución del instituído por los hijos que dejare a su fallecimiento y anulados en otro juicio por incapacidad de aquél, resolvió que en el tiempo que mediara entre la apertura de la sucesión y la muerte del instituído en primer lugar, cuya institución fué declarada nula, no debía aplicarse el artículo 805, sino que los sustitutos ya nacidos deberían heredar directamente al causante (sin perjuicio de que si dejase aquél al morir más hijos legítimos, también heredarian éstos, lo que sólo daría lugar a la consiguiente corrección en la determinación de la cuantía correspondiente a los nacidos al abrirse la sucesión), aun cuando no hubiere fallecido el primer instituído», y en otro lugar de este trabajo, dice: «No vemos obstáculo para ello en el artículo 805 del Código Civil. Como tampoco lo vimos al examinar la hipótesis inversa de la consolidación de la titularidad del gravado por el fideicomiso. La aplicación rigurosa del artículo 805 sólo puede referirse al supuesto literalmente previsto en el mismo. Es decir, a la institución *desde* o *hasta* cierto tiempo, en lo que supone un explícito llamamiento a los herederos legítimos. En cambio, en los llamamientos sucesivos parece más lógico entender que la determinación de tiempo de un reciproco límite puesto por la concurrencia temporal, querida tan sola entre los llamados para *hasta* o para *después* del término. Límites que deben desaparecer al faltar dicha concurrencia limitativa.

A esta solución nos acompaña la sentencia de 12 de febrero de 1915, que rechazó la aplicación del artículo 805 en un caso de nulidad de la institución por incapacidad del llamado y de llamamientos como sustitutos de los hijos legítimos que al *fallecer aquél dejare*, y admitió que heredasen directamente al causante la sucesión sin perjuicio del derecho de los que nacieran después (aun cuando esta sentencia se apoya en considerar el supuesto en cuestión como una condición comprendida en el artículo 799, que no afectaba a la preexistencia de los derechos de los sustitutos).

Acercándonos al tema de este trabajo, aunque no se estudien las facultades de disposición del usufructuario y fideicomisario, pero si quedan apuntadas, conviene recordar la opinión de PALOMINO, en su *Diagnóstico y tratamiento del «Pseudo usufructo testamentario»*, en el que se resume así su opinión: «En una sustitución fideicomisaria con segundo llamamiento puro, puede el fiduciario, de acuerdo con todos los fiduciarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia.—Pero en una sustitución fideicomisaria cuyo segundo llamamiento esté afecta por una condición de supervivencia referida nada menos que a la determinación de los fideicomisarios, no puede la fiduciaria anticipar la devolución, ni desligarse de sus deberes de conservar y restituir, después de haberles aceptado, ni tener otro sentido la devolución intentada, más que el de una cesión (o de un abandono) de sus derechos de posesión y disfrute. Los fideicomisarios no se determinan sino por la muerte de la fiduciaria, y serán, ni mas ni menos, que los que entonces queden huérfanos de la misma madre.—En el caso resuelto el 12 de enero de 1944—resolución anteriormente copiada—, ni hubo renuncia de usufructo, sino cesión de derechos, ni hubo adquisición de dominio con condición resolutoria, ni debió hacerse la partición, ni declararse inscribible la hecha. El Registrador de la Propiedad de San Fernando tenía razón, en el fondo».

Esta doble sucesión de los hijos, montada a caballo en los dos momentos sucesorios, cumplimiento de la condición y muerte de la madre, a la que tenían que sustituir y suceder respectivamente, pues hasta su muerte no podía tener concreción su derecho, viene a ser el objeto de la sentencia procedente de Palma de Mallorca, de 5 de mayo de 1932, que sienta la siguiente doctrina:

Considerando que la cláusula del testamento otorgado en 26 de

octubre de 1922, dos días antes de su fallecimiento por don Bartolomé Aguiló Picó, y que ha originado el pleito que motiva el presente recurso, dice textualmente: «En el remanente de sus bienes y derechos presentes y futuros instituye por su heredera universal a la nombrada su sobrina Margarita Pomar Aguiló, bajo las siguientes limitaciones: de no poder vender, gravar ni permutar la casa y corral en que vive; de que si dicha sobrina y heredera fallece sin descendencia de legítimo matrimonio pasarán los bienes de su herencia que consistan en dicha casa y corral y algunos muebles y ropas, a Bartolomé Aguiló Miró, hijo de su primo Pedro Juan, en pleno dominio, y que *si dicha heredera contrajere matrimonio con su cuñado José, perdería el carácter de heredera y los bienes pasarán a sus descendientes de legítimo matrimonio, si los hubiere, y, en su defecto, al nombrado Bartolomé Aguiló Miró*», desprendiéndose de ella, clara, lisa y llanamente atendiendo a su tenor literal, que, si la primer heredera nombrada, se casaba con su cuñado José, perdía tal carácter, pasando los bienes *a sus* descendientes de legítimo matrimonio, si los hubiere, sin que el testador condicione el nombramiento de éstos, a su existencia en el preciso momento en que la Margarita contrajese el matrimonio que resolvía su institución de herencia, ni priva de la cualidad de herederos, a los que aquélla pudiera haber de su matrimonio con el José, antes por el contrario, el adjetivo posesivo *sus*, en la transcrita cláusula, precede a la palabra *descendientes*, determina con toda precisión (al no exceptuarlos de un modo expreso), que todos los descendientes legítimos de ella, incluso los habidos del matrimonio con el actor, son los herederos del causante Bartolomé, al resolverse y extinguirse el carácter de heredero de la Margarita, no consintiendo el texto explícito y terminante del artículo 675 del Código Civil, informado por la más pura ortodoxia del Derecho romano el apartarse del sentido propio y literal de la disposición testamentaria que se examina, intención distinta en el testador, que *claramente* no aparece ni revela en la mencionada cláusula ni en las demás que integran el testamento; pues si bien a la Sala sentenciadora, conforme doctrina reiterada de este Tribunal Supremo la corresponde privativamente la interpretación de la voluntad e intención del que otorga testamento, tal facultad está limitada, por imperio del citado artículo 675 del Código Civil,

cuando el sentido literal de las palabras empleadas por el testador, baste para entender su voluntad y no se manifieste claramente, como en este litigio ocurre, otra contraria o distinta a la que expresan los términos literales de las disposiciones, *pugnando además el fallo de la Sala al privar de la herencia a los hijos de Margarita, habidos de su matrimonio con José, con el criterio respectivo que para librarse de trabas y cortapisas a la base legítima de la familia*, impone nuestro Código Civil, inspirándose, por analogía, con las prescripciones del primitivo Derecho romano sobre los instituidos herederos *poene nomine*, al no tener por puesta la condición absoluta de contraer primero o ulterior matrimonio fuera de los dos casos que especifica y determina:

Considerando que en su consecuencia al absolver el Tribunal *a quo* a los demandados Bartolomé Aguiló Miró y Margarita Pomar Aguiló y no declarar que por haber perdido ésta su carácter de heredera de Bartolomé Aguiló Picó por su casamiento con José Fuster, quedó supeditada la sustitución del demandado Bartolomé Aguiló Miró a la muerte de aquélla, con descendencia legítima, incidió en la violación del artículo 675 del Código Civil, en que se funda el quinto de los motivos alegados por el recurrente, *por lo que procede*, al estimarle, *declarar lugar al recurso interpuesto*, siendo superfluo examinar los cuatro primeros motivos del recurso que al mismo fin que el estimado y señalado con el número quinto se encaminan y dirigen.

Sin embargo, este sentido unitario que se da en las situaciones defectivas anteriores, no responden a nuestra total jurisprudencia, que resuelve particularmente los casos, siguiendo las hipótesis que señale POLACCO: «Tres diversas soluciones se disputan el campo en la doctrina y en la jurisprudencia, y no parece que se pueda exco-gitar ninguna otra. O tener todo en suspenso, declarando la división imposible, mientras no se tenga la certeza de que no nacerán otros hijos, lo que, especialmente si se trata de criaturas por nacer de un hombre viviente, equivale por lo general a decir hasta que él muera, ya que la edad de los varones, por avanzada que sea, no excluye en derecho la posibilidad de engendrar. O dar la herencia al primer nacido (suponiendo que sean llamados solos los por nacer y no ya conjuntamente con persona viva, caso en el cual la división se hará por partes iguales entre los dos), pero bajo la

condición resolutoria en cuanto a aquella parte que corresponda a las personas sucesivas por nacer. Esto es, dada la herencia entera al primer nacido al sobrevenir el segundo, tal asignación debería disminuir en la mitad para darla al que ha sobrevivido; al sobrevenir un tercero, las cuotas del primero y del segundo se debían disminuir en un sexto a cada uno para atribuir dos sextos, esto es, la cuota de un tercio, al que se ha llegado ahora, y así sucesivamente. O, finalmente, proceder a una división provisional, basada en el cálculo de probabilidades. Esto es, se debería valorar, como escribe VITALI, todos los elementos de probabilidades y todas las circunstancias, establecer de manera aproximativa el número eventual de hijos que todavía pueden esperar de aquella determinada persona y base de ello asignar inmediatamente a los nacidos su porción, salvo, en el caso de que llegase a nacer de ella un mayor número del previsto, proceder a un reparto suplementario entre los nacidos en la porción y porciones que se hubieren reservado para los esperados sucesores, cuya posibilidad actualmente se excluye por la muerte o por sobrevenida manifiesta importancia de la persona que hubiere debido procrearlo.»

En puridad, ninguna de estas tres soluciones resuelve el problema, que se trata a la vista tan sólo de la jurisprudencia apuntada en este epígrafe, de si la adquisición de los «hijos» *post mortem uesterioris*, puede modificarse por cualquier circunstancia casual o voluntaria posterior a la muerte del causante. Si por su naturaleza la apertura de la segunda sucesión fideicomisaria no puede tener lugar antes del momento previsto, cualquiera que sean las circunstancias posteriores, pues es inmutable la ley sucesoria, sentada por el testamento. La propiedad que siga al usufructo, es inviolable y no tienen reflejo en aquélla, pueda o no hacerse la partición, que siempre tendrá carácter provisional, y toda enajenación se asentará siempre sobre una expectativa, no sobre una propiedad condicional, que siempre incurriría en el vicio de ser un fraude a la voluntad del testador, que ha querido mantener un estado de «suspensión» mientras viva el usufructuario o fiduciario. La posición que se fije en este problema, de si se trata de una propiedad condicional o de una expectativa pendiente del cumplimiento del término, dado el distinto tratamiento que en cuanto a facultades dispositivas concede nuestra jurisprudencia, es fundamental por

los resultados que puede producir, sin perjuicio de los que resulten de la representación de los *nascituri*, en los casos de que esté autorizada la enajenación de los bienes de que sean titulares.

Otro problema difícil de resolver es la compatibilidad entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria, que no pudo aquélla cancelar definitivamente, hasta la muerte de la persona cuya defunción determina la apertura de la sustitución fideicomisaria, y menos si el que se considera como subrogado, sólo lo es del usufructo vacante. Ahora bien, si el hijo único de los llamados como sustitutos vulgares muere antes de la apertura de la sucesión de la persona de cuya vida depende la segunda apertura sin más sucesión, habrá que definirse por uno u otro criterio: llamar a los parientes del testador, o considerar, como creo más oportuno, por regla general acorde a la voluntad del causante que ha consolidado y purificado su derecho.

34.—LOS LLAMAMIENTOS SUSTITUTORIOS A FAVOR DE LOS DESCENDIENTES DEL TESTADOR.

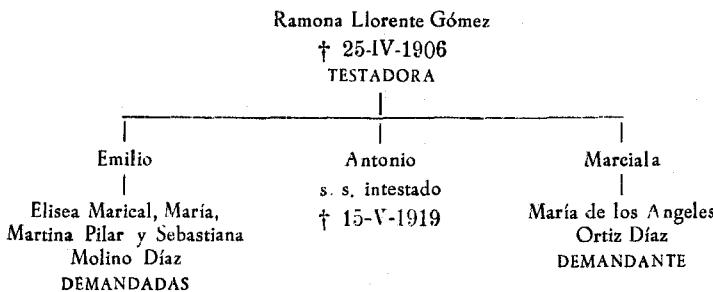
Centrado el tema, cuya dispersión es peligrosa, máxime teniendo en cuenta la multiplicidad de casos, y el particularismo foral en Navarra y Cataluña, obliga a volver sobre el tema usufructuario, por presentarse tan sólo en escorzo por ser el problema capital de la sustitución.

La característica de los llamamientos conjuntos, son dos particularismos jurídicos, conocidos con los nombres de derecho de acrecer y representación, sobre los que la *sentencia* más remota que encuentro es la de 8 de julio de 1924, que se refiere como resulta de la siguiente cláusula testamentaria usufructuaría a la línea directa:

Que haciendo uso del derecho que le conceden las Leyes, la señora otorgante mejora en el usufructo vitalicio de los dos tercios del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones que por cualquier modo la correspondan a sus citados hijos doña Emilia, don Antonio y doña Marciala Díaz Llorente, a partes iguales, para que cada uno de ellos disfrute por todos los días de su vida lo que corresponde en dichos dos tercios de bienes, pero no los

podrá enajenar, permutar, ni gravar ni hipotecar por ningún motivo, y los conservarán integros como los reciban, para sus respectivos hijos y descendientes legítimos de cada uno de ellos; siendo los hijos o descendientes legítimos, que cada uno de ellos deje a su fallecimiento los herederos en propiedad plena de la parte correspondiente a su padre en dichos dos tercios de bienes. Pero si cualquiera de los tres expresados hijos, doña Emilia, don Antonio y doña Marciala, fallecieran sin dejar hijos o descendientes legítimos, el que se encuentre en este caso podrá disponer libremente por testamento y para después de su muerte, de lo que le corresponda en usufructo en dichos dos tercios de bienes.

El siguiente árbol genealógico viene a demostrar el problema sucesorio, por el número distinto de sobrinos que tiene cada una de las ramas colaterales:



La dificultad del caso sobre la división por estirpes, como pretendía la demandante, o por cabezas, como corresponde a los sobrinos en la sucesión intestada, vino a determinar la admisión de la demanda por el Juzgado, revocada por la Audiencia, previa discordia, y viéndolo el Supremo, después de apuntar la solución correcta, a limitarse a la doctrina de los actos propios, basando en la adjudicación sin limitación al hijo causante, como resulta de los siguientes:

Considerando que la cuestión fundamental debatida en el pleito, y que es objeto de uno de los motivos del recurso, consiste en apreciar y determinar si doña Ramona Llorente Gómez murió o no sin sucesión legítima con relación a los bienes a que la demanda alude:

Considerando que la finada, por la cláusula 8.^a de su testamento, instituyó en concepto de mejora en usufructo a favor de sus tres

hijos, con prohibición de enajenar los bienes y la obligación de conservarlos integros, como los reciban, para sus respectivos hijos o descendientes, y ordena que si cualquiera de sus expresados hijos falleciera sin dejar hijos o descendientes legítimos, el que se encuentre en este caso podrá disponer libremente por testamento y después de su muerte de lo que le correspondiese en usufructo en los bienes de la mejora, con lo que proveyó la testadora a todas las eventualidades y manifestó claramente su deliberada intención, su decidido propósito de no morir sin sucesión:

Considerando que del contexto de la indicada cláusula se deduce de manera evidente la institución de herederos propietarios hecha a favor de los hijos de la causante, sujeta a la condición suspensiva de morir éstos, sus hijos, o descendientes legítimos, cuya condición se cumplió respecto a don Antonio Díaz Llorente, quien falleció después que la testadora, no hallándose, por tanto, comprendido el caso en el primer inciso del número 3.^o del artículo 912 del Código Civil.

Considerando que no cabe admitir que la libre disposición de los bienes de la mejora concedido por doña Ramona Llorente a su hijo don Antonio y a sus hermanas, si falleciere sin dejar hijos o descendientes legítimos, quedara subordinada al hecho de que aquéllos otorgaran testamento, haciendo depender de un requisito formal el cumplimiento de la voluntad expresa del causante, que es la ley en los litigios sobre sucesión, pues tal interpretación pugna abiertamente con el sentido general de la cláusula aludida y no tiene, en su consecuencia, otra significación y alcance el vocablo testamento empleado que la de ser manifestación adecuada de la última voluntad del heredero instituido:

Considerando que, conforme al artículo 609 del Código Civil, la propiedad se adquiere y se transmite por sucesión testada, y según los artículos 799 y 1.120 del propio Cuerpo legal, la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos, y que los efectos de la condición cumplida se retrotraen al día de la constitución de la misma, día que, tratándose de la transmisión por causa de muerte, es el del fallecimiento del estador:

Considerando, aparte de lo expuesto, que doña Ramona Llorente, por la cláusula undécima de su testamento, impone a sus here-

deros respeto y acatamiento a lo que hicieren los albaceas nombrados y *les prohíbe toda actuación judicial contradictoria de su voluntad, so pena de perder los derechos que les reconoce:*

Considerando que esa sanción alcanza a la demandante, que si bien tiene el carácter de heredera forzosa en cuanto al tercio de caudal a que primeramente se refiere la base 16 de las establecidas para la redacción del Código, carece de esa condición respecto al tercio de mejora a que alude la misma base y los artículos 808 párrafo 2.^o y 823 de dicho Cuerpo legal, con arreglo a cuyos preceptos el testador puede, a su arbitrio, privar a sus hijos o descendientes legítimos de la porción de legítima en beneficio tan sólo de sus demás herederos de la misma clase; en cuya virtud no puede aquella parte impugnar con eficacia *la adquisición de las dos fincas discutidas, hechas a don Antonio Diez, por los albaceas contadores partidores de la herencia de doña Ramona Llorente en plena propiedad y absoluto dominio:*

Considerando que, conforme al artículo 1.068 del mencionado Código, *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes* que le hayan sido adjudicados y que representando la partición un contrato celebrado por los coherederos produce entre los mismos plena eficacia, mientras no sea rescindida y anulada, lo que no ha sucedido en el presente caso.

35.—**EL DERECHO DE «REPRESENTACIÓN» Y DE «ACRECER» EN LOS LLAMAMIENTOS SUSTITUTORIOS A FAVOR DE LOS HERMANOS Y SUS DESCENDIENTES.**

Las disposiciones sustitutorias pueden ser múltiples, en cuanto beneficien al mismo tiempo a varias cabezas de línea, generalmente a la misma altura, y este llamamiento familiar, cuando se concentra entre los hermanos del testador, toma dentro de la parentela caracteres típicos: prolongación del llamamiento en las líneas fecundas, concentración en aquéllas de los bienes, que se destinaron a las líneas que resulten estériles; al primero se llama derecho de representación y subsidiariamente aparece el llamado de acrecer, para mantener los bienes, dentro de los límites

legales, dentro de la familia, por medio de esta sustitución reciproca.

a) *La premoriencia en la sustitución reciproca.*—Premuertos dos hermanos sin sucesión, el tercero otorga testamento, y contra su sucesor testamentario, promueven demanda los parientes *ab intestato* del causante, que ven desestimada su pretensión en la sentencia de 10 de marzo de 1932, procedente de Palma de Mallorca, del siguiente tenor literal:

Considerando que, quedando reducida la cuestión que ha de ser resuelta en la presente sentencia a interpretar los testamentos otorgados en 1 de mayo de 1865 por doña Catalina y doña Magdalena Nadal Gelabert, ya que no es posible desconocer que tal interpretación se hace necesaria para resolver las cuestiones planteadas en el presente pleito, ha de tenerse primeramente en cuenta que tratándose de unos testamentos otorgados en 1865, y, por tanto, con anterioridad a la vigencia del Código Civil, las disposiciones del mismo no pueden ser invocadas ni aplicadas según jurisprudencia de esta Sala para resolver las cuestiones que surjan sobre la interpretación de los mismos testamentos; y, por tanto, debe ser desestimada con referencia al primero de los motivos la alegada infracción de los artículos 675 y 912 del Código Civil; siendo necesario para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la interpretación dada por la Sala, tener en consideración no solamente las disposiciones legales reguladoras de tal interpretación con anterioridad al vigente Código Civil, sino también muy particularmente aquellas que se refieren a testamentos otorgados en las Islas Baleares:

Considerando que, según la Ley 5.^a, título 33 de la Partida 7.^a, reflejo de las leyes romanas, «las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas conforme llanamente así como suenan et non se debe el Juzgador partir del entendimiento de ellas, fuires ende, cuando pareciese, ciertamente, que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas», y siendo notorio que en las cláusulas testamentarias de referencia se comienza por las testadoras, instituyendo herederos propietarios a sus sobrinos don Antonio, don Gabriel y doña Magdalena Nadal Bassa, y se concluye después mediante las restric-

ciones que las dichas testadoras ponen a tal institución de herederos propietarios a sus sobrinos, a afirmar que el que *carezca de hijos se entenderá un simple usufructuario de la parte asignada, manifiesta es en el presente caso, dada la contradicción anotada, la imposibilidad de estar al sentido literal de las palabras empleadas por las testadoras como suprema expresión de su voluntad, ya que de esa voluntad sacan su fuerza las disposiciones testamentarias:*

Considerándose que *no ordenándose por la testadora una sustitución fideicomisaria, con la obligación de los herederos instituidos de conservar y transmitir los bienes en que se les nombra herederos a una tercera persona, ha de entenderse que la institución de heredero que la misma hace es una institución condicionada*, en virtud de la cual los tres herederos instituidos eran sustitutos los unos de los otros, sustitución que tendría lugar *cuando cualquiera de ellos falleciera sin descendencia; en cuyo caso las testadoras disponen expresamente que la parte de éste acrecerá a aquél o aquellos que los tengan*, y si bien esta disposición no ofrece en su obligación dificultad alguna, cuando al fallecimiento de cualquiera de los herederos sin descendencia puedan ser sustitutos uno de otros, como ordena el testamento, *tal dificultad surge al morir sin tal descendencia el último de los hermanos que sustituyó a los dos que le premurieron*, ya que entonces nace la cuestión que ha de ser resuelta en el presente pleito, consistente en determinar; si no pudiendo tener lugar a la muerte de doña Magdalena, sin hijos, la sustitución ordenada por las testadoras en sus hermanos que le premurieron *la condición restrictiva de la propiedad en que fué instituida desapareció*, y pudo disponer libremente en favor del demandado; o *por el contrario, si siendo la doña Magdalena una simple heredera usufructuaria ha de tener lugar al fallecimiento de la misma la apertura de la sucesión «ab intestato» en orden a la propiedad de los bienes de que se trata:*

Considerando que, según la ley 101, título 1.^o, libro 35, del *Digesto*, en las condiciones impuestas en los testamentos conviene considerar la voluntad del testador más que las palabras, ordenándose en la ley 24, título 5.^o, libro 34 del mismo cuerpo legal, que siendo ambiguo el sentido de una cláusula, se ha de interpretar generalmente a favor de la validez de la disposición testamentaria;

y en su virtud, *habiendo la testadora instituido a sus tres indicados sobrinos herederos en propiedad, con ciertas restricciones, es manifiesto que va contra la expresa voluntad de dichas testadoras la interpretación que conduzca a afirmar que tal institución en propiedad, por virtud de determinadas restricciones ambiguas que no pueden tener aplicación a la muerte de doña Magdalena quedó reducida a una institución de herederos usufructuarios, ambigüedad que en todo caso ha de interpretarse conforme a la citada ley 24, título 5.º, libro 34 del Digesto en favor de la validez y eficacia de la institución de heredero en propiedad, institución que quedaría sin efecto y validez de abrirse la sucesión ab intestato para deferir con arreglo a la misma la sucesión de los bienes de que se trata, y en su virtud, habiéndolo estimado así, y con notorio acierto, el Tribunal a quo debe ser desestimado el primero de los motivos del presente recurso, pues a más de los anteriores razonamientos ha de ser tenida en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la que, cuando se trate de la interpretación de las cláusulas de un testamento, es menester que el error resulte muy manifiesto para que proceda la casación de la sentencia.*

Considerando que, citándose como documento auténtico para demostrar el error de hecho alegado en el segundo de los motivos, el propio testamento cuya interpretación ocasiona el presente recurso, es manifiesta la improcedencia de dicho motivo, ya que con ello el recurrente lo que hace es sustituir con su propio criterio de interpretación el más acertado de la sala sentenciadora, y por tanto, debe declararse no haber lugar al presente recurso.

Si sobrevive descendencia de uno solo de los usufructuarios recíprocamente sustituídos, es interesante la sentencia citada de 6 de marzo de 1944, parcialmente reproducida, que conviene ampliar en cuanto al derecho de acrecer se dice.

Resultando que en 10 de diciembre de 1941 la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia igual de la pronunciada por el Juez de Primera Instancia, salvo el extremo ya firme, por el que se desestimó la excepción de falta de personalidad de los demandantes, y declarando: Que son válidas las sustituciones fideicomisarias ordenadas en los testamentos de don Leonardo Ortín y doña Carmen Fos Ansaldi, por la que conce-

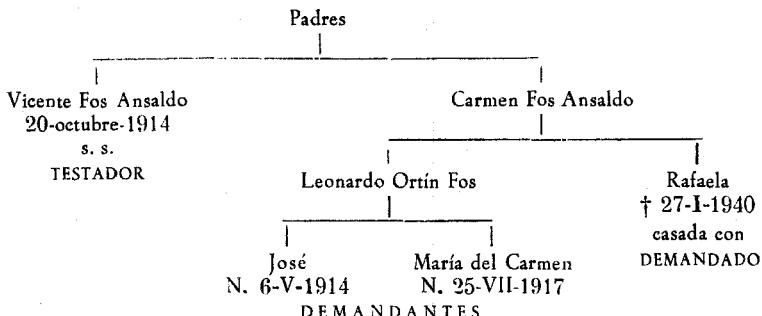
dieron el usufructo de sus bienes a sus hijos don Leonardo y doña Rafaela, a la muerte de éstos; que en su virtud los demandantes, hijos de don Leonardo, son sustitutos de doña Rafaela, fallecida sin sucesión, en la porción de bienes por ésta usufructuados procedentes de dichas herencias, toda vez que la sustitución fideicomisaria de referencia no está sujeta a ninguna condición que exija para su efectividad la supervivencia del hijo que tuviera sucesión para que a los suyos pueda pasar el pleno dominio de los bienes usufructuados por el hijo fallecido sin descendencia. Que, dada la validez y vigencia de la mencionada sustitución fideicomisaria, no pudo doña Rafaela disponer libremente en su testamento de dicha porción de bienes por ella usufructuados, por lo cual su esposo, el demandado don Valentín Palacios Ferri, como heredero de doña Rafaela y por hallarse yacente la herencia de ésta, debe ser condenado, cual condenamos, a que haga entrega a los demandantes don José Ortín Alberola y doña Carmen Ortín Alberola, asistida ésta de su esposo, don José Alarte Martínez, de todos los bienes integrantes de dicha porción, cuales se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, y por los que figuran en la hijuela que en usufructo vitalicio se formó a doña Rafaela en la partición de bienes de sus padres, obrante al folio 16 y siguientes, cuyas entregas comprenderán también las del importe de todos los frutos producidos y debidos producir por tales bienes desde el 27 de enero de 1940, fecha del fallecimiento de doña Rafaela. Que asimismo *es válida la sustitución fideicomisaria ordenada en su testamento por don Vicente Fos Ansaldi, asignando el usufructo de su herencia, tras de otras personas, a don Leonardo y doña Rafaela Ortín Fos, por cuanto uno de tales fideicomisarios, el don José Ortín Alberola, vivía al tiempo del fallecimiento del testador, por cuyo motivo para él y en cuanto a él, y no respecto de su hermana, la otra demandante, doña Carmen Ortín Alberola, entonces aún no nacida, tiene plena validez la referida sustitución.* Que no estando ésta sujeta a ninguna condición, al igual que las de que antes se trató, el mencionado don José Ortín Alberola, hijo de don Leonardo, es sustituto de doña Rafaela, fallecida sin sucesión, en la porción hereditaria por éste usufructuada, procedente de la herencia de don Vicente Fos Ansaldi; que siendo válida y vigente la referida sustitución, no pudo doña Rafaela dis-

poner libremente en su testamento de dicha porción de bienes por ella usufructuados, por lo cual su esposo, el demandado por el mismo concepto antes consignado, debe ser condenado, cual condenamos a que haga entrega al demandado don José Ortín Alberola de todos los bienes integrantes de dicha porción, o sea los relacionados en los apartados B), C) y D) del hecho noveno de la demanda, así como el resguardo del Banco de España relativo al depósito judicial de títulos de la Deuda Interior al 4 por 100, importante 117.500 pesetas, detallado en el hecho undécimo, cuyos valores constituyen la inversión dada al precio obtenido en el hecho noveno de la demanda, entrega que comprenderá la de todos los frutos producidos y debidos producir de dichos bienes desde la fecha de 27 de enero de 1940, antes consignada. Todo ello sin hacer expresa declaración respecto a costas de ninguna de ambas instancias.

Como el particular que aquí interesa con relación al derecho de acrecer deriva del testamento de don Vicente Fos Ansaldi, y de la circunstancia de que cuando falleció no había nacido más que uno de los sobrinos nietos, sobre cuyo particular revoca el Tribunal Supremo haciendo extensivo el derecho de acrecer a su hermana, nacida tres años después del causante, pero antes del fallecimiento de la usufructuaria, dice así la cláusula testamentaria:

En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye por su única y universal heredera a su esposa, doña María Asensio Tortosa, en usufructo vitalicio, relevándole de la obligación de afianzar, y ocurrido el fallecimiento de su expresada esposa, o si ésta premuriese al testador, nombra por su única y universal heredera a su hermana doña María del Carmen Fos y Ansaldi, también en usufructo vitalicio, y, a su fallecimiento, o caso de haber premuerto a su esposa, adquirirán dichos bienes los hijos de su nombrada hermana doña Rafaela y don Leonardo Ortiz Fos, por mitad y en usufructo vitalicio, y al fallecimiento de cada uno de ellos la mitad de bienes que hubiera usufructuado pasará a sus hijos por partes iguales y en pleno dominio, y si alguno de ellos falleciera sin hijos, su porción acrecerá a su hermana sobreviviente en usufructo vitalicio, y, en su defecto, a sus hijos por partes iguales de libre disposición. En el caso de que el último de los citados hermanos que sobreviva falleciere sin hijos, podrá disponer libremente en testamento de los bienes de esta herencia.

Queda representada la situación en el siguiente diagrama:



Revoca el derecho en exclusiva concedido al demandante José, que hace extensivo a su hermana, el último considerando, que dice:

Considerando que el motivo cuarto y último, formulado con carácter subsidiario, al amparo de los números primero, segundo y tercero del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, aduce que la Sala sentenciadora, al disponer que todos los bienes procedentes de la herencia de don Vicente F., y no una sola mitad de los mismos deben pasar a don José O. A., único heredero fideicomisario con relación al cual es válida la sustitución por cuanto vivía al tiempo del fallecimiento del testador (caso en el cual no se encuentra la otra demandada, doña María del Carmen O. A.), infringe los siguientes preceptos legales: el art. 781 del Código Civil, relativo al límite de la validez de las sustituciones fideicomisarias; el art. 982 del propio Código, referente al derecho de acrecer, por aplicar la Sala este derecho en el caso de que no se trate de varios herederos, uno de los cuales haya premuerto al testador o renuncia a la herencia, o sea incapaz de recibirla, sino de varios herederos fideicomisarios, para uno de los cuales no puede surtir efecto el llamamiento, y el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la Audiencia en los vicios de incongruencia y otorgar más de lo pedido, al declarar a favor de don José O., el derecho a la totalidad de los referidos bienes procedentes de la herencia de don Vicente F., habiendo pedido dicha demandante sólo la mitad de los mismos; pero tampoco este motivo de casación puede prosperar, pues es inadmisible: Primero. Que el art. 781 del Código Civil ha sido interpretado y aplicado por el Tribunal a quo en el mismo

sentido, como ajustado a derecho, y acepta el recurrente. Segundo: Que tampoco existe la infracción pretendida del art. 962 del mismo Código, ya que *el derecho de acrecer tiene como único fundamento*, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1911 y 5 de junio de 1917, entre otras) *la voluntad presunta del testador*, y para ella ha de ser admitida la aplicación de dicho derecho, no sólo en los casos de porción vacante a que alude aquel artículo y algunos otros supuestos que resultan de otros artículos complementarios, sino también en el de que sea nula la disposición testamentaria en favor de uno de los herederos conjuntos, cuando, como ocurre en el caso presente, *tiene apoyo el derecho de acrecer en la interpretación de la voluntad del causante, ley suprema de la sucesión «mortis causa»*. Tercero. Que la Sala sentenciadora, al resolver como lo ha hecho la cuestión litigiosa, se ha acomodado estrictamente, y sin extralimitación alguna, a los términos en que le han planteado las partes, dado que en los pedimentos cuarto y quinto de la demanda reclamaron don José y doña María O. A., en forma conjunta, la entrega de los bienes procedentes de la herencia de don Vicente F. A., y pidieron, además, se declarase que dicho primitivo causante instituyó fideicomisariamente a don Leonardo y doña Rafaela O. F., «dándose entre ellos el derecho de acrecer» y que están establecidas estas mismas instituciones «con igualdad de trato a favor de los hijos de los expresados don Leonardo y doña Rafaela».

Dentro de la lógica se suele apuntar una inversión de los términos. CARLOS COSSIO nos ha manifestado en unas conferencias a la Magistratura, la distinta formación de la sentencia entre los juzgadores unipersonales y los colegiados, y la influencia del orden de la votación, que es el lógico en nuestro art. 344 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero en la realidad los diversos resultados jurídicos son evidentes, como comprueba la cita de PUIG BRUTAU en *La jurisprudencia como fuente del derecho*: «En sentido más radical, el juez Jerome Franck dice que el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que se obtenga, a continuación, una consecuencia. El juicio, en la mente del juez, suele empezar con una conclusión más o menos vagamente formada, para buscar luego las premisas que sean capaces de sostenerla. El abogado suele empezar su labor con la admisión del

resultado favorable a su cliente; procede luego a recoger y ordenar los hechos conducentes al resultado admitido para presentarlos al Tribunal en forma que de ellos pueda obtenerse la premisa lógica de la conclusión deseada.»

Es indudable que en estas materias las renovaciones de las sentencias son frecuentes en los casos examinados, con tendencia académica en los juzgadores unipersonales y con visión del resultado en los Tribunales colegiados, que defienden el derecho de la familia latente en la intención testamentaria, aunque con diversos argumentos, derivados del particularismo procesal: congruencia y motivos del recurso, a los que tiene que acoplarse la resolución. No obstante, poco adelantariamos si la visión del conjunto no fuera vitalista, para ver en las diversas modalidades testamentarias un propósito unitario, aunque su planteamiento y resolución sea siguiendo distinta técnica, que en ocasiones puede falazmente aparecer, a primera faz, como contradictoria.

Este es el supuesto de una de nuestras más criticadas sentencias, la de 17 de mayo de 1934, en la que se quiere ver una rectificación de la doctrina legal, pues en el usufructo pocas veces se valora en la jurisprudencia, como llevamos dicho, la condición, y, sin embargo, esta calificación ahora sirve de correctivo, para evitar el que los bienes salgan de la familia preamada. Por simple coincidencia, el problema es muy parecido al planteado en la sentencia de 6 de marzo de 1944, tan justamente ponderada, como se ve de la comparación de su situación genealógica:

Padres					
Rafael Carmona TESTADOR † 26-III-1890	Trinidad USUFRUCTUARIA † 4-XI-1929 s. s.	José † 10-IV-1890 s. s.	† Dolores	† Rosario premurió al testador	
			Alejandro y Luisa Farnell DEMANDANTES	† Rosario † 29-IX-1928	
				Testó, sus herederos DEMANDADOS	

En este caso, por no ser la disposición testamentaria típica, se cambia de fórmula y se sustituye el derecho de representación y de acrecer por sucesión en las estirpes de los hermanos y desplaza el

problema técnico hacia la condición, en el *dies venies*, con la vaguedad de la doctrina, pero la seguridad de sus efectos, eliminando a los extraños a la familia, por este justo expediente, sin entrar a perfilar el matiz de la condición, si es de *facto* o de *iuris*. Viene a reproducirse la situación de las partes en el siguiente:

Resultando que el 26 de marzo de 1890 falleció en Sevilla don Rafael Carmona y Humánez, bajo testamento otorgado el 25 del mismo mes y año, en el que, entre otras disposiciones, dice textualmente: «En el remanente líquido que me quedare de todos mis bienes, derechos y acciones, instituyo y nombro por mi única y universal heredera usufructuaria para todos los días de su vida, a mi citada hermana doña Trinidad Carmona Humánez, con la precisa obligación y cargo de atender a las sueltas y modestas necesidades de mi hermano don José mientras viva, sin que le falte nada de lo necesario para su alimento, vestido, habitación y asistencia médica, según lo ha tenido hasta hoy, así como su entierro. Por muerte de mi hermana doña Trinidad se harán tres partes de mis bienes, que serán para mis sobrinos, hijos de mis hermanos vivos o difuntos, según el orden de las estirpes, en pleno dominio, y si aún viviere mi hermano don José tendrán mis dichos herederos propietarios la misma obligación que he impuesto a mi heredera usufructuaria respecto a subvenir a todas las necesidades de aquél. Pero si mi hermana doña Trinidad dejase sucesión legítima, mando que ésta participe de mi herencia al igual de mis demás sobrinos carnales, según el orden de las estirpes.

El Juzgado y la Audiencia concedieron a doña Rosario el derecho a la tercera parte de la sucesión, no obstante haber fallecido cerca de un año antes que la usufructuaria y, por tanto, que de ella pudiera disponer, revocando las meritadas sentencias, en virtud de los siguientes argumentos:

Considerando que la institución hecha en el debatido testamento de «única y universal heredera usufructuaria por todos los días de su vida», está completada, por lo que hace al futuro, de los bienes objeto de aquélla, con la disposición de que el pleno dominio será a la muerte de la usufructuaria, para los *sobrinos del testador, hijos de sus hermanos vivos o difuntos, según el orden de las estirpes*, cuyo mandato es por sí solo suficiente revelador de que dicho pleno dominio le es dado a los sobrinos que vivan al

acaecer la muerte de la usufructuaria; requisito éste que aparece confirmado por el hecho de que el testador disponga que sus sobrinos, y no otras personas, sean los que adquieran la propiedad de sus bienes, y tal declaración no sería eficaz sin la existencia de aquéllos en el momento del óbito de la usufructuaria, al que expresamente se refiere el testador, no sólo con su clara expresión de «por muerte de mi hermana», beneficiaria del usufructo, sino que a tal instante refiere la continuidad de auxilios a un hermano y la existencia de descendencia legítima de su dicha hermana para participar con los demás sobrinos, por estirpes, del pleno dominio de los bienes; viéndose paladinamente en lo expuesto, que en dicha disposición testamentaria está ordenada, según elementos no equívocos de la voluntad del testador, con la institución de usufructo vitalicio, otro pleno dominio, cuya eficacia pende de una condición suspensiva, fijada en el hecho de existir los designados para su adquisición, al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, con fuerza jurídica en el art. 790 del Código civil, en relación con el párrafo tercero del art. 758 del propio cuerpo legal:

Considerando que siendo esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho, en tanto pende la realidad del hecho ordenado, en creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto al nacimiento de aquel que no desaparece, sino con la ocurrencia del evento, puesto como condición, sin la cual no hay adquisición en los derechos, como dice el art. 1.114 del Código Civil; es por esto por lo que dicho Cuerpo legal, en su art. 759, dispone que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos; pues *no es el presente caso de fijación de un término, ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por el testador; sino de la suspensión de la disposición misma,* y por ello la aplicación del último citado artículo, y no del 799 del propio Código:

Considerando que la doctrina que se deja establecida *no supone un derecho sin titular*, ni quebranta la constantemente sustentada por este Supremo Tribunal, de que donde hay un usufructo hay un nudo propietario, porque no deja de haberlo, pendiente de la condición en el caso de autos, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad, en tales circunstancias, está en la situación re-

gulada por los arts. 801 al 804, inclusive, del Código civil, de un modo eventual y variable, representada por la institución existente al fallecer el testador, y en tanto existiesen, o, *en su defecto, por los herederos* legítimos; también éstos con la incertidumbre de derecho nacida de la condición establecida en el testamento, *hecho que si el suspensivo para el nacimiento del derecho de los designados propietarios plenos, es resolutorio para los provisionales nudo propietarios*; pues a unas y otras afecta la expectativa de derecho «pendente conditione».

Considerando que al dictar la Sala *a quo* la sentencia recurrida, reconociendo el derecho a suceder del heredero testamentario de una sobrina del testador fallecida antes de la muerte de la usufructuaria, ha infringido, por inaplicación, los arts. 790, en relación con el párrafo tercero del 758 y 759, todos del Código civil, alegados en el segundo motivo del recurso, y asimismo infringió el artículo 675 de dicho cuerpo legal, base del motivo cuarto; sin que sea ya preciso hacer examen de los demás alegados por la parte recurrente.

El problema dogmático, con su valiosa opinión, viene a fijarse así por *VALLET DE GOYTISOLO*, en su citado trabajo *Fideicomisos condicionales y a término*:

Un supuesto interesante es el que se plantea en la hipótesis de designación de usufructuario vitalicio con llamamiento de herencia *post mortem* de aquél. Se trata de la secuela de un viejo problema (ved *JOAN MARTÍ MIRALLES: Principis de Dret Successori*, Barcelona, 1955, 5 lectura, 3.^a y 5.^a fórmulas, págs. 194 y ss.), que fué resucitado por nuestro querido compañero *José GONZÁLEZ PALOMINO: Diagnóstico...*, y dió lugar a su polémica con otro querido compañero, *José Luis DÍEZ PASTOR: Las disposiciones testamentarias...* Nuestra opinión es que no cabe una solución unitaria, sino que debe resolverse en cada caso interpretando la voluntad del disponente, según el tenor de su testamento. Eso es lo que hizo la sentencia de 4 de marzo de 1944. Si en ella se consideró a la usufructuaria como heredera fiduciaria y a los instituidos *post mortem* como sustitutos fideicomisarios condicionales y no como nudos propietarios, no fué por el camino lógico dogmático seguido por *GONZÁLEZ PALOMINO*, sino porque en aquel caso de la expresión testamentaria se deducía que aquélla era la voluntad del testador. Así,

aquella disposición determinaba que si uno de los instituidos en usufructo en segundo grado fallecía sin sobrevivirle hijos, su derecho acrecería al de su hermano, y a la muerte lo heredarian los descendientes legítimos de éste. Con lo que si el primero dejaba descendencia, se cortaba el camino a toda posible transmisión de derecho de los llamados *post mortem* del segundo. A falta de alguna circunstancia clara, como la indicada, creemos que lo correcto y lo más conforme con la voluntad del causante será considerar al llamado como usufructuario, meramente como tal, y que la nuda propiedad está transitoriamente incierta hasta el fallecimiento del usufructuario. Por tanto, sólo en el caso de darse aquí las circunstancias de haber premuerto al usufructuario todos los llamados *post mortem usufructuarii*. La herencia en cuestión, al fallecer aquél, *pasaría a los herederos del pseudousufructuario. De no darse, los bienes pasarían a los herederos ab intestato del causante.*—Como acertadamente expuso DÍEZ PASTOR: *Las disposiciones...*: «habrá sustitución fideicomisaria, aunque se le llame usufructo, cuando el testador haya querido hacer heredero al llamado usufructuario, pero no cuando le haya querido dar sólo el usufructo. Claro es que toda la situación no dejaría de ser un juego de palabras si en su contenido se identifican ambas situaciones. Para mí, el contenido de facultades del fiduciario no puede ser sino muy distinto de las del mero usufructuario», y no podrá presumirse nunca, no sólo porque la regla es la expresada, sino, además, por la prohibición de los fideicomisos conjeturados (art. 765, número 1.^º del Código Civil). Evidentemente la restitución a los herederos *ab intestato* del fiduciante a la muerte del fiduciario, significaría una sustitución fideicomisaria que, de no resultar del mismo testamento, como presunta debe ser rechazada».

Al citar la sentencia de 11 de abril de 1909, compendiábamos unas resoluciones donde a la cláusula «sin hijos», no se le concede efectos condicionales, siendo contradictoria la citada de 17 de marzo de 1934, por lo que la contradicción pudiera referirse a este elemento del negocio testamentario, determinante de su calificación pudiera quedar en el incierto, como dice DÍEZ PASTOR, en *Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos*.

Otra vez nos encontramos en una encrucijada. Desde el punto de vista de los conceptos admitidos. La cuestión se resolvería casi

matemáticamente: El heredero condicional no transmite sus derechos; el que está sujeto a plazo suspensivo, si, luego el fideicomisario transmite como sujeto a plazo, pero si no es concebido, no, como sujeto a condición. Pero ¿por qué está sujeto a plazo y no a condición el fideicomisario? Pues porque el artículo 784 le permite transmitir, puesto que si no el hecho que modaliza el llamamiento, la muerte del primer llamado, sería un plazo *incerto* y *dies incertus in testamento conditionem facti*. Luego, ¿en qué quedamos, transmite porque no está sujeto a condición, o más bien, si no está sujeto a condición, es precisamente porque no se le permite transmitir? Esto, aunque lo parezca, no es un juego de palabras, pero como tal, se ha tratado desde el Derecho romano acá.

La diferencia es de matiz por el resultado, según la proyección, pues en la sentencia del año 1934 se trataba de un pleito ante *extraneus*, y adopta una solución simplista, de la condición. La condición en estos llamamientos es doble: con hijos y sin hijos, y, por tanto, viene a ser una modalidad de sustitución *in fideicomiso*, que se produce a la apertura de éste, y por ello la valoración ante *extraneus* hemos de considerarla como provisional a los efectos que buscaba de eliminar a los sucesores testamentarios del premuerto «fideicomisario», pues entre éstos, por el contrario, se da la transmisibilidad de derechos, o mejor vocación conjunta y sucesiva, según se le quiera denominar, sucediendo al instituido, sus hijos, substitutos, como cuando el que sobrevivió al causante, pero no a la usufructuaría, alcanzando la meta. Estas etapas quedan señaladas en la anterior doctrina. No ha admitido el llamamiento condicional de la sentencia de 15 de febrero de 1957, que lo considera como llamamiento indiferenciado, y dice:

Considerando que la cuestión debatida en este pleito sobre participación que reclaman los demandantes y recurridos en la propiedad de la casa de la calle de Fuencarral número 112, de Madrid, se ofrecen a examen en el presente recurso diversidad de problemas de hecho y de derecho, que, en trance de síntesis, dicen referencia: Primero, a la investigación de la última voluntad del testador y antiguo dueño de la finca, en punto a la disposición de la misma, como legado en el testamento y codicilo que otorgó en los años 1880 y 1888, respectivamente; segundo, a la significación jurídica de la partición de la herencia del causante, realizada por

sus albaceas contadores-partidores en el año 1894, y aprobado por los sobrinos-legatarios, y tercero, a la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio en parte indivisa de la finca que a su favor invocan los demandantes:

Considerando que estos temas del debate traen causa originaria de cierta ambigüedad y contradicción padecida en la expresión de la última voluntad del causante en el testamento y en el codicilo, pues en aquél, una vez extinguido el usufructo de la casa, instituído en primer lugar, se dispone por la cláusula 20 que se hiciera tránsito a seis sobrinos-legatarios en propiedad y con el derecho de acrecer entre ellos la parte del que falleciera antes o después de heredar; mientras que en el codicilo, después de la cláusula 6.^a, que sustancialmente reproducía la vigésima del testamento, se ordenó, por su cláusula 10, que *si alguno de los legatarios falleciere sin descendencia o sucesión legítima, recaería el legado de la casa en los demás que sobrevivieran por partes iguales o en sus descendientes legítimos por estirpes, surgiendo así la pugna sobre el derecho de acrecer dispuesto a todo evento de muerte de alguno de los legatarios*, según el testamento y cláusula 6.^a del codicilo, y la cláusula 10 de esta última disposición testamentaria, que excluía el acrecimiento en *el supuesto acaecido de que una de las legatarias falleciera después de la muerte del testador y antes que la usufructuaria primeramente instituida, dejando descendientes legítimos*:

Considerando que si el codicilo ha sido otorgado de acuerdo con la legislación entonces vigente, como sin discusión está admitido en este proceso, y su finalidad es «acrecer o menguar, o mudar alguna de las mandas fechas en los testamentos», según reza la introducción al título duodécimo de la Partida sexta, bien se puede afirmar que en materia de legados adquiere rango predominante sobre el testamento y no se podrá prescindir de él en vías de indagar la última voluntad del testador, por lo que si la cláusula décima del codicilo que se examina contempla el supuesto de premoriencia de algún sobrino-legatario al fallecimiento de la usufructuaria, dejando descendientes legítimos y manda que éstos reciban por estirpes la parte de casa asignada a su ascendiente fallecido, no hay duda de que la interpretación armónica del testamento y codicilo lleva a la conclusión de que el testador quiso estable-

cer el derecho de acrecimiento de la cuota correspondiente al legatario premuerto, sin descendencia en favor de los colegatarios supervivientes, excluyendo el acrecimiento en el supuesto contrario del fallecimiento dejando descendencias, que es cabalmente lo acaecido al morir la legataria doña Eugenia L. después que el testador y antes que la usufructuaria, dejando hijos que a ésta le sobrevivieron y son causantes de los que ahora postulan una participación en la discutida finca:

Considerando que esta misma interpretación conjunta de la última voluntad del testador a través del testamento y del codicilo fué la acogida en la partición de la herencia por los contadores-partidores, que son los llamados siempre a fijar y cumplir la voluntad del causante y lo fueron además, y de modo especial, al ser nombrados con las más amplias facultades «para «resolver y dirigir todas las cuestiones que se suscitasen en la testamentaria», con la particularidad de que *el mismo criterio interpretativo lo mantuvieron los sobrinos legatarios, entre ellos la demandada doña Micaela S.*, representada por su padre, al aprobar la partición incondicionalmente, y con manifestación, además, de que con ello no se les había causado agravio alguno:

Considerando que *a pesar de ser tan unánime el parecer expuesto, mantenido por los albaceas partidores, por los propios interesados en el legado y últimamente por el juzgador de primera y segunda instancia*, la legataria recurrente, doña Micaela S., se alza en casación contra el fallo dictado por la Audiencia, propugnando, extensamente, la tesis de que *los demandados y descendientes de la legataria doña Eugenia L. ninguna participación en la casa legada han podido adquirir, y por ser la recurrente la única que sobrevivió a los restantes cinco colegatarios, a ella exclusivamente correspondía la totalidad de la casa*, y, al efecto, aferrada a la cláusula vigésima del testamento y sexta del codicilo, y desdeñando la décima de éste, denuncia: Primero, la infracción del art. 759 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que *el derecho de la legataria, doña Eugenia, pendía de la condición suspensiva de supervivencia a la usufructuaria*, y esta condición no ha tenido cumplimiento, por lo que nada adquirió ni nada pudo transmitir a sus descendientes, los cuales sólo podían heredar si hubieran muerto todos los legatarios al tiempo de quedar extinguido el usufructo

en primer lugar instituido—motivo primero del recurso—; segundo, la infracción de los arts. 1.057 y 1.058 del Código Civil, porque en la partición con reconocimiento del derecho de los descendientes de doña Eugenia, no se respetó la voluntad del causante, ni el hecho de que los interesados la hayan aprobado le imprime validez por versar lo pactado sobre *herencia futura*, prohibido por el art. 1.271 del repetido Código, constituyendo un pacto sin causa onerosa, determinante de una donación nula, a tenor del art. 633 del mismo texto legal, y además el contrato aprobatorio de la partición sería aleatorio y tampoco valdría, por no estar comprendido entre los únicos de su clase que son regulados por el Código Civil—motivo tercero—, y finalmente—motivo segundo—porque la Sala sentenciadora incurrió, al apreciar las pruebas, en error de hecho y también de derecho, con infracción del art. 1.225 del Código Civil, ya que las dos copias de la partición presentada en autos una es falsa y la otra no contiene adjudicación alguna a doña Eugenia L., ni renuncia a la posibilidad de que llegara a ser dueño absoluto de la casa el sobrino colegatario que fuera el último sobreviviente:

Considerando que para la repulsa de estos tres motivos del recurso, debiera ser suficiente la referencia al criterio expuesto en los precedentes considerandos primero al cuarto, pero, a mayor abundamiento y en forma esquemática, cabe decir: a) No es exacta la afirmación de que *la premoriencia de la legataria doña Eugenia a la usufructuaria, constituye condición suspensiva para la adquisición del legado por la descendencia de la misma, pues precisamente aquella premoriencia fué la determinante del nacimiento del derecho de los actores descendientes, no como herederos de la ascendiente premuerta, sino por derecho propio, concedido por el testador, llamándolos expresamente a participar por estirpes en el legado, este llamamiento expreso es excluyente de la alegada condición suspensiva*, según doctrina reiterada en sentencias como las de 4 de julio de 1896, 12 de febrero de 1915 y 7 de julio de 1950, por lo que no entra en juego el art. 759 del Código Civil. b) Constituye petición de principio la alegación de que en el cuaderno particional no se respeta la voluntad del causante. c) No es cierto que la aprobación de la partición por los colegatarios recayera sobre herencia futura; puesto que lo que se dividió fué la herencia

ya causada por fallecimiento del testador, ni cabe traer a cuenta las normas de la donación contractual cuando se está en presencia de un legado a donación *mortis causa*, ni tampoco es propiamente un contrato aleatorio la aprobación del cuaderno particional, ni es exacto que el Código Civil sólo admite como contratos de esta clase los comprendidos en el título duodécimo del libro IV del Código Civil, aunque otra cosa haya dicho una antigua y aislada sentencia de esta Sala, por todo lo que carecen de viabilidad los tres primeros motivos del recurso:

Considerando que por constituir soporte sobradamente justificado del fallo impugnado las apreciaciones de hecho y de derecho expuestas por los juzgadores de instancia y ahora ratificadas, tanto por voluntad del testador como por la voluntad de la partición realizada por los contadores y aprobada por todos los interesados no redargüidos mediante las acciones de nulidad o rescisión, resultaría procesalmente estéril el examen de los últimos motivos cuarto y quinto, que giran en torno de la prescripción adquisitiva por los demandantes del derecho que postulan y se les concede, pues aunque haya sido tema discutido, como un modo más de adquisición de la propiedad, correctamente acogido por la Sala sentenciadora, el fallo recurrido se habría de mantener de modo notorio, por razón de los títulos de dominio por sucesión testada y por vía contractual que ya quedan examinados.

Por último, es siempre bueno distinguir lo que tiene su origen en la ley y lo que se moldea y crea en la voluntad del causante, con las reciprocas interferencias que supone toda interpretación sucesoria, como se apunta en la sentencia.

Si bien la regla es la igual posición y altura en el árbol genealógico de los instituidos fideicomisarios, puede, como en la sentencia de 16 de junio de 1913, estar situados en distinto grado, aunque se tenga en cuenta, y para compensar este extremo, se dispuso:

«A mis hermanos don Antonio, don Isidoro, don Isidro y doña Teodora Canadell y Prats y a mi sobrina doña Dionisia Canadell y Paricio, haciendo cuatro partes iguales; y si alguno de mis hermanos falleciese heredarán su parte sus sobrinos descendientes y no teniéndolos, acrecerá su parte a los demás herederos.»

El pleito se produce con la siguiente situación familiar:

Padres					
Baudilio † 18-II-1884 c. c.	† Antonio c. c. Rosa Riera s. s. DEMANDANTE USUFRUCTUARIA	Isidoro † 14-I-1885 s. s.	Teodora † 25-IX-1902 s. s.	† Juan	Dionisia Canadell, inscribió por auto del Presidente de la Audiencia, los bienes de su tío Baudilio DEMANDADA
	y HEREDERA				

El derecho familiar se considera vinculado por la anterior disposición testamentaria, dejando sin efecto la transmisión del fiduciario Antonio desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona, en virtud de los siguientes:

Considerando que la cuestión de actualidad tiene por objeto fijar la recta interpretación de la cláusula contenida en el testamento que don Baudilio Canadell otorgó el 9 de julio de 1882, que literalmente dice: «Instituyo y nombro por heredero universal de toda clase de bienes muebles, ropas, efectos, valores, créditos y, en una palabra, de todo lo que no sean bienes raíces, a mi esposa doña Carlota de Mesa y Ontiveros, de libre disposición, y en cuanto a los bienes raíces los usufructuará mientras viva, sin necesidad de dar fianza alguna, y, muerta la misma, pasarán los bienes raíces a mis hermanos don Antonio, don Isidoro y doña Teodora Canadell y Prats y a mi sobrina doña Dionisia Canadell y Paricio, haciéndose cuatro partes iguales, y si alguno de mis hermanos falleciera, heredarán su parte sus legítimos descendientes, y no teniéndolos acrecerá su parte a los demás herederos:

Considerando que *en la cláusula antes transcrita aparecen establecidas dos sustituciones, una vulgar, entre los hermanos del testador, que no llegó a producir efectos jurídicos por haber premuerto éste a aquéllos, y otra fideicomisaria, que constituye una sustitución compendiosa, o sea vulgar infideicomiso, cual por lo general se denomina en Cataluña.*

Considerando que esa misma cláusula contiene todos los elementos de la sustitución fideicomisaria, a saber: la designación de herederos fiduciarios, que lo fueron los hermanos del testador;

la de fideicomisarios, que lo habían de ser los descendientes legítimos de éstos, y de no dejarlos, su sobrina, y la obligación también de reservar para los mismos los bienes inmuebles de la herencia, puesto que al fallecimiento de los fiduciarios había de pasar a su descendencia legítima si la dejaban, y si no a su citada sobrina:

Considerando que, tanto más confirma esta interpretación de la voluntad del testador los actos de los causantes de la recurrente, así como la circunstancia de que doña Dionisia no la comprendió aquél en expresa limitación, pues si se hubiera tratado de una sustitución meramente vulgar holgaria disponer que, no teniendo descendencia los hermanos de don Baudilio, acrecería su parte a los demás herederos, dado que, prescindiendo de la doctrina de que en las sustituciones la parte vacante ha de repartirse entre los sustituídos proporcionalmente a su haber, siempre resultaría que, estando unidos aquéllos por conjunción verbal, les hubiera correspondido por ministerio de la ley, el expresado derecho de acrecer sin mandato del testador:

Considerando que el derecho de acrecer no existe cuando por los herederos o legatarios instituidos se hubiera adido la herencia o el legado de una manera absoluta; y siendo así el establecido en la cláusula controvertida, no hubiera podido ordenarse por don Baudilio si la sustitución no tuviera el carácter de fideicomisaria, es decir, disponiendo que los bienes de la herencia se poseyeran por los herederos, sus hermanos, con el carácter de fiduciarios, o sea con la obligación de restituirlos:

Considerando que la ley no prohíbe, ni mucho menos, que el testador pueda establecer el derecho de acrecer entre los herederos hasta tanto no hubiesen llegado éstos a obtener su posesión de una manera absoluta, y, por consiguiente, pudo establecerlo para sus hermanos los herederos fiduciarios y no para su sobrina, que no tenía este carácter, resolviendo de ese modo la dificultad de la distinta situación de ésta en la sucesión, que la permitía adquirir sin gravamen de restitución:

Considerando que de todo lo expuesto se deduce que don Baudilio Canadell estableció un fideicomiso familiar y una disposición también fideicomisaria de sus bienes para el caso, que resultó, de que los herederos fiduciarios falleciesen sin descendientes legítimos,

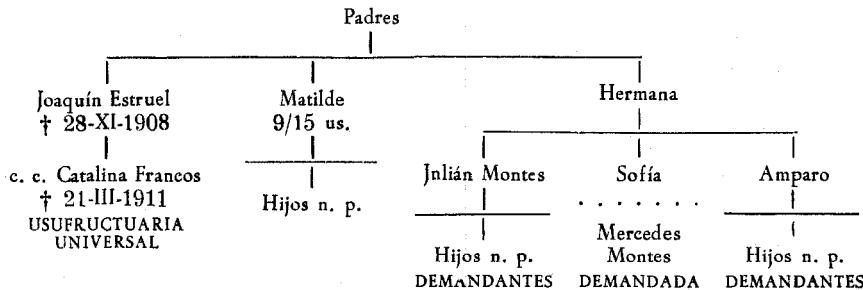
y de ahí que la Sala sentenciadora, al interpretar, en el sentido que lo hace, la cláusula de su testamento, no haya cometido ni el error de hecho alegado ni tampoco la infracción de las disposiciones legales que se invocan en los motivos del recurso, para obtener la casación de la sentencia recurrida:

b) *Inclusión de la filiación natural en el derecho de representación.*—Esta declaración es la contenida en la sentencia de 22 de junio de 1931, que se pronuncia sobre este problema producido a virtud del siguiente llamamiento:

Cláusula décimoséptima. Si por cualquier causa no llegare a ser heredero nudo propietario alguno de los hijos de Matilde, su parte acrecerá a sus hermanos y sobrinos, nietos de aquélla...

Si las partes que quedaren vacantes son las dos quinceavas partes de cualquiera de los hijos y nietos de Julián, Sofía o Amparo, acrecerán a los hijos y nietos de los mismos, pero no a los de Matilde, es decir, que las dos quinceavas partes pasarán una quinceava a los hijos y nietos de uno de los hermanos, y la otra a los otros, siempre los nietos contados por grupos. Tan sólo en el caso de que las seis quinceavas partes de los hijos y nietos de las expresidentes hermanos Julián, Sofía y Amparo Montes y Estruel quedaran vacantes, pasarán a los hijos y nietos de Matilde.

Fíjase la posición de las partes en el siguiente árbol:



El juzgado concedió los derechos en la proporción del doble a los legítimos de otra linea y mitad a los naturales, y, revocada por la Audiencia, la confirma el Tribunal Supremo en virtud de los siguientes argumentos:

Considerando que al declarar el Tribunal de instancia en el fallo de la sentencia recurrida con arreglo a la cláusula décimosexta

del testamento bajo el cual falleció don Joaquín Estruel y Gómez, la institución de herederos nudo propietarios que en ella se contiene respecto a las dos quinceavas partes de que nombró heredera usufructuaria a doña Sofía Montes Estruel, *ha de entenderse genéricamente en favor de los hijos y nietos de doña Sofía, y, por tanto, de su única heredera natural doña Mercedes Montes Estruel*, no ha infringido ni violado, por interpretación errónea ni falta de aplicación el art. 675 del Código Civil y jurisprudencia invocada en los motivos primero y segundo del recurso interpuesto, por ser doctrina constante de esta Sala que a los Tribunales corresponde la facultad de fijar el verdadero sentido y alcance de las diversas cláusulas de una disposición testamentaria, debiendo tal interpretación y criterio prevalecer sobre el propio y privativo del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado que no es equivocado o erróneo, y como en el presente caso no resulta certeza manifiesta de que el Tribunal sentenciador, al interpretar el testamento de don Joaquín Estruel, en la forma que lo hizo, por su literal contexto y conjunto armónico de sus disposiciones, incurria en error, dada la libertad del testador para disponer de sus bienes con respecto a los segundos usufructuarios y nudo propietarios, por carecer de herederos forzosos, es visto que no cabe estimar las infracciones alegadas y no proceder, por tanto, el recurso de casación apoyado en el número 1.^o del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, por los propios fundamentos aducidos no es de estimar la infracción, por interpretación errónea del mencionado art. 675 en relación con el 925, 926 y 943 del propio Cuerpo legal, invocado en el tercer motivo, así como también la alegada infracción del principio de derecho *Ubi lex non distinguit nec nos distinguerebis debemus*, en el cuarto y último motivo del recurso, aparte de las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada no pueden tener lugar propiamente en las de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa, sino en la de carácter legal, o sea, en lo concerniente a las legítimas:

Considerando, por último, que también es doctrina reiterada de este Tribunal que las condiciones requeridas por el número 7.^o del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que asimismo se apoya el recurso, para que el documento sea eficaz y permita

combatir en casación los errores de hecho atribuídos al Tribunal *a quo*, no se reducen únicamente a que dicho documento sea auténtico, sino que, además, debe demostrar por sí mismo la equivocación del juzgador, y esto con perfecta evidencia, de lo que se sigue que no patentizándose por el propio testamento de don Joaquín Estruel el error de la interpretación judicial, por lo anteriormente consignado, esa interpretación debe prevalecer siempre sobre la de los interesados, y, por consiguiente, es improcedente el recurso de casación apoyado en el número 7.^o del dicho art. 1.692.

36.—LÍMITES DEL USUFRUCTO VINCULAR.

Corresponde dar fin a este ensayo, pero al final va faltando el material, pues la incursión en la sustitución fideicomisaria, de la que es filial en su última etapa el usufructo vincular, priva de mucha jurisprudencia, que, por otra parte, tampoco es oportuno traer a colación, si no es arrancando desde su origen, pero como resumen de la cuestiones expuestas y a través de la causídica, se observa la escasa importancia práctica que tiene el problema de los límites de los llamamientos, tan complicado doctrinalmente, y como doctrina admitida se pueden sentar los siguientes límites:

1.^o *Llamamientos de usufructuarios.*—Son lícitos los de todas las personas que vivan en el momento de la muerte del testador y en los demás sigue la regla del nudo propietario, convirtiéndose el último en propietario.

2.^o *Llamamientos simples de nudos propietarios.*—Sigue la regla anterior para los llamamientos simples, pero si éstos son *post mortem usufructuari*, se consideran lícitos todos los de las personas que vivan en el momento de la defunción de éste. Se entiende, sin perjuicio del derecho de transmitir sus derechos los nominativamente llamados que vivan en el momento de la defunción del causante.

3.^o *Llamamientos compendiosos.*—En éstos se requiere el vivir en el *dies venies*. Si a su vez van asociados generalmente el derecho de representación, no se computa como grado, viniendo a

considerarse como una sustitución discreta en el sentido de las Decretales —prohibición de disponer—, como lo considera, a efectos de Derechos reales, el Tribunal Supremo, en la liquidación de la herencia de la condesa de Montijo, y el subsidiario de acrecer que queda dentro del mismo grado o llamamiento.

En resumen, el segundo grado, sin perjuicio de los particularismos que se llevan señalados, viene a ser la doble delación sucesoria, pudiendo la segunda admitir, sin consumir grado, la dispersión en las líneas fecundas y su concentración de las estériles, fenómeno que se repite en cadena hasta que muera el último de los llamados, excepto la liberación de las reciprocas cuando falta la bilateralidad necesaria cuando sus cosustitutos hayan incumplido la condición de fallecer con hijos, en que falta la correlatividad.

37.—LA PURIFICACIÓN DEL USUFRUCTO.

En relación con el anterior epígrafe, está el corte que necesariamente hay que dar a toda sustitución extensa, declarando válida la padre licita y anulando el exceso.

La problemática tiene muchos aspectos que no pueden abordarse más que de una forma descriptiva, pues estar fuera de tema y corresponder analizarlo juntamente con la jurisprudencia sustitutoria y en particular con las facultades de disposición, por ser el usufructo vincular tributario de aquel derecho matriz, identificándose en su última etapa.

a) *La purificación de la sustitución por convalidación de los actos de enajenación del padre.*—Viene observándose mayor dureza ante los actos preventivos que ante la jurisdicción reparadora que tiende a ratificar y convalidar las enajenaciones del causante.

La sentencia de 25 de noviembre de 1944 aprueba la venta realizada por el padre, que impugna después de su muerte una hija solicitando del comprador la restitución, que se desestima, contra el criterio del Registrador, en virtud de las siguientes razones:

Considerando que en base del presente recurso la interpretación que deba darse al testamento que en 1897 otorgó don Francisco Ch., conde de P. C., en el que, después de instituir a uno de

sus hermanos heredero en usufructo de casi todo el «as» hereditario, dispuso de la nuda propiedad de los mismos bienes en los siguientes términos: «Es su deseo, y así lo ordena expresamente, que la propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que haya de usufructuar el repetido señor hermano, se distribuya en cuatro porciones iguales y se aplique, una, desde luego en ambos dominios al mismo don José por su cualidad de usufructuario, y las tres restantes a cada cual de sus tres hermanos, los señores doña María del Carmen, don Martín y don Antonio Ch. y V. Si ocurriese el fallecimiento de los cuatro herederos en propiedad sin dejar alguno de ellos sucesión, su parte acrecerá la de los demás, y si la tuvieran les heredarán por derecho de representación sus descendientes»:

Considerando que, para situar la *questio facti* conviene también recordar como antecedentes indiscutibles: a) que el testador falleció en el año 1911, sin modificar la copiada disposición *mortis causa*, sobreviviéndole sus cuatro hermanos, los cuales practicaron en el siguiente año la partición de la herencia, y en ella fueron adjudicados en nuda propiedad al don Antonio Ch. doce fincas; b), que estas fincas fueron inscritas en el Registro a nombre del don Antonio, incorporando a la inscripción la cláusula referida; c) que en el año 1915, por medio de apoderado, don Antonio vendió la nuda propiedad de las doce fincas, y tanto en la escritura pública como en la inscripción se hizo constar que la venta quedaba sujeta a la condición resolutoria de que el vendedor falleciese dejando descendencia, condición que fué reproducida en sucesivos títulos de venta e inscripción de dichas fincas entre los años 1925 y 1939, ya consolidada la nuda propiedad con el usufructo por fallecimiento, en 1919, del heredero usufructuario don José Ch., y d) que don Antonio Ch. falleció intestado en 1923, dejando una hija—la demandante—, la cual obtuvo en 1940, por solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, la cancelación de las inscripciones extendidas a favor de los cuatro demandados, llevadores de las fincas y la inscripción de las mismas a su nombre, iniciando después este pleito para reivindicarlas:

Considerando que con estos sueltos antecedentes la «*quaestio juris*» del pleito y del recurso está toda ella supeditada a precisar si la intención del testador fué referir el evento del fallecimiento

de alguno de sus hermanos, con sucesión o sin ella, a la muerte del propio causante, para que en este preciso momento y no después entrasen en juego los derechos de acrecer y de representación que la cláusula testamentaria estableció (tesis de la sentencia recurrida), o si más bien fué voluntad del testador remitirse a la muerte de alguno de sus hermanos, desconectada o con enteria independencia de la fecha, anterior o posterior, en que él pudiera fallecer (tesis del recurso):

Considerando que la diversidad de criterios interpretativos, manifestados ya en la vía extrajudicial desde el fallecimiento del testador y mantenidos después en el pleito, bastaría para estimar que si *prima facie* pudieran parecer claros los términos literales de la cláusula testamentaria, en el sentido de que el fallecimiento de los hermanos no se supeditó al del testador, se aprecia, a poco que se medite, que la interpretación literal por sí sola no ofrece encauzamiento jurídico adecuado a la última voluntad del causante, porque, en efecto, es evidente el propósito que animó al testador de favorecer con su herencia a sus hermanos y sobrinos, mas si se entendiese que al establecer los derechos de acrecer y de representación en beneficio, respectivamente de unos y otros, quiso que estos derechos entrasen en ejercicio al fallecer alguno de sus hermanos con posterioridad a la muerte del mismo testador, se habría frustrado aquel propósito, y tanto el acrecimiento como la representación ordenados en el testamento perderían toda su eficacia ante la ley, que matiza aquellos derechos con la nota esencial de premoriencia del instituido en otros supuestos de acrecimiento y representación que no rezan con el caso de autos (artículos 924 y 982 del Código Civil):

Considerando que, en otro aspecto, la vocación hereditaria de don Antonio Ch. pudo ser concebida en la mente del testador, bien atribuyéndole la titularidad de un derecho sucesorio con plenas facultades dominicales, bien como limitadas facultades de disfrute para conservar y retransmitir la herencia por su fallecimiento a quien fuere llamado en segundo lugar por el testador, y si el primer supuesto nunca se podría dar en el caso de que la plenitud de facultades dominicales hubiese de ser adquirida por el don Antonio cuando falleciese, porque faltaría ya el sujeto real del derecho hereditario y hasta la ficción de la supervivencia del falle-

cido en su propio patrimonio pugnaría con los derechos de acrecer y representación previstos para tal caso en la cláusula testamentaria, en el segundo de los citados supuestos *habría de ser considerado el don Antonio heredero fiduciario de una institución fideicomisaria tácita que no surtiría efecto como comprendida en el número 1.º del art. 785 del Código Civil, ni en todo caso heredaria su hija, la demandante, por representación, como fué llamada a la herencia, sino por su propio derecho heredera de heredera fiduciaria de su tío don Francisco*, por lo que también en este sentido saldría al paso la ley, impidiendo la eficacia de lo querido por el testador si efectivamente hubiera previsto la supervivencia de don Antonio para que pudiera heredar a aquél la hija de éste:

Considerando que si por el cauce exclusivo de la interpretación literal no se puede llegar a un ordenamiento de la última voluntad del causante, amparado por la ley, habrá precisión de conjugar a la vez el sentido literal con el lógico de la cláusula transcrita para dar con la fórmula interpretativa que rinda jurídicamente eficaz, la reglamentación de lo que el «*de cuius*» quisiera rigiese después de su muerte, y en este sentido se ofrece claro y expedito el llamamiento de los hermanos y sobrinos de la herencia no se remite al acontecimiento de la muerte de alguno de aquéllos a momento anterior al fallecimiento del causante, porque únicamente así adquieran vida adecuada los derechos de acrecer y representación establecidos, llenando este último en particular la finalidad de que la hija de don Antonio pudiera llegar a ser heredera si su padre premuriese al testador, pues ante ese suceso la hija sólo podría heredar en virtud del llamamiento hecho a su favor en el testamento como descendiente de un heredero voluntario (arts. 675 y 766 del Código Civil):

Considerando que, fijada así la voluntad del testador, no hay dificultad alguna en la construcción jurídica de la institución hereditaria, en atención a que si el hecho de la muerte, en sí mismo no es incierto, existe incertidumbre cuando este acontecimiento se remite a un momento determinado, como al de la supervivencia de una persona respecto de otra «*incertus an, incertus quando*», mas esta incertidumbre no imprime carácter de condición propia-

mente dicha a la institución de heredero—«conditio facti»—, sino que merece la calificación de condición impropia o aparente, porque el evento de que el instituido sobrevida al testador es presupuesto que va implícito «ex lege» en la efectividad de toda institución testamentaria, aunque de todas suertes, ya se tratase de condición de tipo suspensivo, ya de presupuesto «ex lege» o «conditio juris», el hecho de que don Antonio ha sobrevivido al testador determinó la purificación de su derecho hereditario, con plenitud de facultades dominicales, quedando así excluida de la sucesión del de cuius la hija de aquél—la demandante—, que había sido llamada a heredar en vocación simultánea con su padre para el caso de que éste premuriese y no pudiera heredar, lo que implica vocación noble e institución única, similar en sus efectos a la típica sustitución vulgar, en cuanto la entrada de la demandante en la herencia no es operaria, en su caso, por el propio derecho de heredera sustituta, sino por la vía que el testador estableció del derecho de representación (art. 774):

Considerando que si la voluntad del testador ha sido llamar a su herencia a los descendientes de su hermano don Antonio para el caso de que éste premuriese al causante, y tal acaecimiento no se produjo, don Antonio recibió la herencia puramente y pudo enajenar sin limitación alguna la nuda propiedad de las fincas que le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su hermano don Francisco, sin que la circunstancia de que la venta realizada por el apoderado de aquél, con extralimitación o sin ella, y en las ventas sucesivas se hiciese constar que las enajenaciones se sujetaban a la condición resolutoria que dimanaba del testamento, porque como en éste no hay tal condición, el error de calificación jurídica padecido por los interesados y acatado por los funcionarios que intervinieron en las ventas y en la inscripción, no puede convalidar en derecho un efecto jurídico que no arranca del título en que se quiso fundar, ya que en nuestro derecho inmobiliario la inscripción no convalida el título que llega al Registro con título de nulidad, aunque acreciente su valoración algún especial aspecto—arts. 33, 34, 24, 41 y 42 de la Ley Hipotecaria—, y, en su virtud, procede desestimar todos los motivos del recurso en los que se mantienen tesis contrarias a las expuestas sobre interpretación de las cláusulas testamentarias (mo-

tivos primero y segundo), sobre institución de heredero en favor de don Antonio, bajo condición resolutoria de que falleciese con posterioridad al testador con sucesión o sin ella (motivos tercero y cuarto) y sobre eficacia de la inscripción de las doce fincas a favor de la demandante por cumplimiento de la aludida condición resolutoria, como título de la actora para reivindicarlas (motivo quinto al séptimo).

La interpretación peca de unilateral, pues el elemento básico es el nominal, y en sentido legal no existe más derecho de acrecer y de representación que en la sucesión legítima y referido al único momento en que ésta tiene lugar, yugulando toda interpretación de disposición indirecta, y anulando los actos propios de todos los intervivientes hasta la promoción del juicio, que trata como nulos, sin valorar su configuración voluntaria, como desde su origen testamentario ocurre. El criterio desviacionista que asume en la sustitución vulgar, disposiciones sustitutorias se dan también en alguna otra sentencia, viniendo a ser el problema más de calificación de la cláusula testamentaria, que interpretación de la voluntad referida unilateralmente a un sólo momento—que tampoco en la cláusula aparece con mucha brillantez expresado—.

b) *Nulidad de la subrogación de bienes por permuta.*—Los nietos del causante impugnan la permuta realizada por su padre, que convalidó el Juzgado y anuló la Audiencia, fallo que confirma la sentencia de 20 de octubre de 1954, diciendo:

Considerando que el testamento bajo el cual falleció don Eduardo G. H., otorgado en 19 de agosto de 1908, y ampliado en disposiciones adicionales otorgadas por el mismo causante en 29 del mismo mes y en 18 de febrero y 20 de marzo de 1908, que establece en términos claros y precisos una sustitución fideicomisaria de carácter condicional en los dos tercios de la herencia, al mejorar, por partes iguales, en el tercio que la ley le facultaba hacerlo, a sus seis hijos, entre ellos al padre de las demandantes, don Eduardo F. G. H., con la condición de que no podrían enajenar por actos inter vivos los bienes que se le adjudicaran en pago de dicha mejora, adquiriendo el pleno dominio sus respectivos hijos o descendientes al fallecimiento del correspondiente heredero mejorado, y en el caso de que falleciese sin descendientes alguno de sus seis

hijos, su parte de mejora se distribuirá entre los restantes hijos mejorados o sus descendientes; y legar el remanente del tercio de libre disposición a cinco de sus hijos, y poniendo las mismas condiciones expresadas, respecto de la parte legada a algunos, entre ellos a don Eduardo F. G. H., padre de las demandantes, haciéndose depender, por consiguiente, la sustitución de las hijas del heredero don Eduardo F. G. en la quinta parte del tercio libre y en la sexta parte de la mejora de que sobrevinieran al sustituído, supervivencia que constituye un suceso causal, y no de los que necesariamente han de venir por el nacimiento del derecho a estas porciones de la herencia del testador, de las llamadas en primer término a sustituir al fiduciario depende de una verdadera condición, sin que mientras estuviera pendiente pudieran adquirir aquellos derechos alguno a los bienes adjudicados a su padre en pago de las expresadas participaciones en la herencia del fideicomitente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.114, en relación con el 791 del Código Civil:

Considerando que, esto sentado, la sentencia recurrida, al reconocer la existencia de la expresada sustitución fideicomisaria condicional no infringe el art. 675 del Código Civil, porque interpreta las disposiciones con arreglo al sentido literal de sus palabras, suficientemente expresivas para que no exista duda alguna sobre la voluntad del testador; ya que al declarar la misma sentencia que nada adquirieron las fideicomisarias del fideicomitente mientras no se cumplió la condición indispensable para que obtuviera tal carácter, no infringe, por no aplicación, el art. 784, ni aplica indebidamente el 791, ambos del Código Civil, porque el primero de dichos artículos sólo es aplicable a las sustituciones fideicomisarias puras, pero no a las condicionales, en las que, como queda dicho, nada adquieren ni pueden transmitir al instituido bajo condición mientras ésta no se cumpla, aunque haya sobrevivido al testador, según se desprende del art. 759, en relación con el 791, aplicables ambos a toda clase de instituciones de heredero y legados condicionales, procediendo, por todo ello, desestimar el primer motivo del recurso, en que se alegan infracciones de los citados preceptos:

Considerando que igualmente debe desestimarse el segundo motivo, el que, partiendo de la base errónea de asimilar el heredero

fiduciario a un usufructuario, entiende que la declaración contenida en la sentencia recurrida de que las demandantes no adquirieron ningún derecho a la herencia de su abuelo por virtud del testamento de éste, infringe el art. 384 del Código Civil, por no estimar separadas y atribuïdas a personas distintas las facultades de disponer y de disfrutar, incurriendo también, según el recurrente, en infracción de los arts. 657, 658, 659 y 661 del mismo Código, al no atribuir la nuda propiedad a las actoras desde la muerte del testador; doctrina que no puede aceptarse, porque *sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y el usufructuario en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan*, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto con efecto sucesivo, es decir, *se llama a una misma cosa fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre en el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se procede simultáneamente adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio, aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario*; y si esto es así y no existiendo ninguna imprecisión en las palabras empleadas por el testador que permitan sospechar su intención de establecer un usufructo a favor de su hijo Eduardo Fernando dejando la nuda propiedad a los descendientes o a las personas llamadas a sustituirlas, sino que de los términos empleados se deduce claramente el establecimiento de una sustitución fideicomisaria, no infringe los preceptos citados en el segundo motivo del recurso la sentencia que atribuye a los demandantes la nuda propiedad de los bienes dejados por su abuelo, desde que tuvo lugar el fallecimiento de éste, siendo de tener en cuenta, además, que en las disposiciones testamentarias de dicho causante se diferencian perfectamente los conceptos de usufructuario y fiduciario, ya que al disponer del tercio libre, legando la quinta parte a cada uno de los legatarios, impone a cuatro de ellos la obligación de conservarla para sus descendientes o per-

sonas llamadas en defecto de los mismos, y en cambio a uno de los legatarios, doña Consuelo G., le lega tan sólo el usufructo de su quinta parte, adjudicando la nuda propiedad a los hijos de la misma:

Considerando que *el art. 799 del Código Civil dispone, en efecto, que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que la condición se cumpla; y para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el art. 759 del mismo Código, según el cual el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, ha de entenderse que en el primero de dichos artículos no se emplea la palabra condición en su sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo, cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignora cuándo, y cuyo efecto mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituido, transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador.* Mas comoquiera que en el caso resuelto por la sentencia recurrida no se hace depender el nacimiento del derecho de las demandantes del término determinado por el hecho del fallecimiento de su padre, sino de la condición de que le sobrevivan, resulta aplicable a la situación así condicionada el art. 759, cuya preferente aplicación al 199, por su conformidad con el 1.114, se halla reconocida por la sentencia de este Tribunal, de 17 de marzo de 1934, procediendo por ello desestimar el tercer motivo del recurso, en el que se alega infracción del repetido art. 799 por no haber reconocido la sentencia recurrida el derecho de las demandantes a la herencia del testador desde el fallecimiento del mismo, aunque sujeto a una condición o plazo de necesario cumplimiento:

Considerando que en la partición de la herencia del testador don Eduardo G. H., se adjudicó al heredero de don Eduardo Fernando G. H., en pago de la quinta parte del tercio de libre disposición y de la sexta de mejora, una participación de setenta y ocho con ochocientas veinticinco milésimas por ciento en una fábrica llamada de «Peñiarrocha», consignándose en la escritura participional que la adjudicación se hacía con las condiciones expresadas en

el testamento y, por tanto, con la prohibición de enajenar, transmitir o gravar, por actos intervivos, la expresada participación, cuyo pleno dominio pasaría a sus ascendientes si le sobrevivían, o, en otro caso, a las personas que alude el testamento, todo lo cual se hizo constar en la inscripción del expresado inmueble en el Registro de la Propiedad, practicada en virtud de la escritura de partición, sin que en ésta ni en la inscripción se atribuya a los herederos fideicomisarios condicionales la nuda propiedad de la referida partición de la finca inscrita, sobre la que les correspondía, tan sólo, con arreglo al testamento, una expectativa de derecho para el fiduciario don Eduardo Fernando G. H., no obstante lo cual *solicitó y obtuvo* éste, en 7 de mayo de 1930, en el Juzgado de Primera Instancia de Carlet, alegando ser vecino de ese pueblo, *autorización judicial para permutar, como representante legal de sus hijas, las hoy demandantes, la nuda propiedad del setenta y ocho con ochocientas veintiocho milésimas de la referida fábrica, por una casa de su propiedad del hoy demandado don José V.*, quedando la primera de dichas fincas libre de toda reserva y condición, que habian de pesar en adelante sobre la casa dada en permuta, la cual se llevó a efecto por escritura otorgada entre don Eduardo Fernando G. H., como representante legal de sus hijos, y don José V. V., en 26 de junio de 1930, o sea a los cincuenta días de concedida la autorización judicial. Y *contra los pronunciamientos de la sentencia recurrida declarando ineficaz la autorización para transmitir un derecho que no existía en el patrimonio de los transmitentes, y nula la permuta consignada en la escritura* de 26 de junio de 1930, se articula el cuarto motivo del recurso al amparo de los números 1.^º y 7.^º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos los arts. 164, en relación con el 40, y 1.248 del Código Civil, por haber estimado el Tribunal sentenciador que F. G. H. faltó a la verdad en la solicitud dirigida al Juzgado de Carlet para otorgar la autorización para la permuta, que constituye, según el recurrente, una afirmación que no pueden desvirtuar las certificaciones aportadas con relación a los padrones de vecinos y las declaraciones testificales que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para establecer la conclusión de que el señor G. H. tenía su domicilio en Valencia, y deducir que era incompetente el Juez de Carlet para otorgar la autorización, pero aparte de que la facultad de la

prueba es facultad soberana del Tribunal de Instancia, y el auto concediendo la autorización no constituye documento auténtico para demostrar la vecindad del que la solicita, por lo que no existe el error de hecho que se denuncia, ni tampoco puede fundarse el derecho en el art. 1.248 del Código Civil, según reiterada jurisprudencia, es la cierto que la declaración de ineficaz del auto en que se concedió *la autorización judicial*, se funda sustancialmente en que *no podía producir otro efecto que suplir la falta de capacidad para enajenar o transmitir, pero no atribuir al transferente poder dispositivo sobre la cosa objeto de transmisión, de cuyo poder carecían las hijas de don Eduardo Fernando G. H.*, ya que, según queda razonado al desestimar anteriores motivos de casación, *no les correspondería mientras viviera su padre la nuda propiedad*, ni las participaciones a éste adjudicadas en la fábrica de Peñarrocha; procediendo, por todo ello desestimar el cuarto motivo del recurso:

Considerando que *al otorgarse la escritura de permuta en 26 de junio de 1930, no figuraba inscrita a favor de las hoy demandantes la nuda propiedad* de las particiones adjudicadas a su padre en la fábrica de Peñarrocha, y, por tanto, no adquiere el recurrente don José V. V., dicha nuda propiedad de quien figuraba en el Registro como titular de la misma, procediendo por ello desestimar el quinto motivo del recurso, ya que no incurre la Sala sentenciadora en la infracción que en dicho motivo se alega, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1909, ni convierte al señor V. en tercero hipotecario la inscripción de la nuda propiedad practicada después del otorgamiento de la escritura, para hacer posible la de su adquisición, porque, dada su intervención en los actos que precedieron a dicho otorgamiento, demostrada por haberse obtenido la autorización judicial para realizar una permuta con el mismo, y que, por tanto, estaba convenido antes de concederse la autorización, conocía la situación legal en cuanto a las referidas participaciones que intentaban adquirir por permuta, y en los que ningún derecho correspondía a los que aparezcan transmitiéndolas, representandas por su padre:

Considerando que, alegada por el demandado don José V. V. la excepción de prescripción extintiva de la acción de nulidad del contrato de permuta, consignado en la referida escritura de 26 de junio de 1930, por haber transcurrido más de cuatro años desde

que las demandantes llegaron a la mayor edad hasta que promovieron el acto conciliatorio preliminar de la demanda, en que tal acción se ejercita, se alega en el sexto motivo del recurso, al amparo de los núms. 1.^º y 7.^º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los arts. 1.261, 1.300, 1.301, 1.309, 1.957 y 1.963 del Código Civil, por haberse desestimado dicha excepción con fundamento en que el contrato cuya nulidad se pretende no es simplemente anulable, sino radicalmente nulo o inexistente, incurriendo en error al apreciar la prueba para llegar a esa conclusión, sin expresar en el recurso si el error que se denuncia es de hecho o de derecho, ni señalar concretamente el documento auténtico de mostrativo del primero, ni las disposiciones legales sobre valoración de las pruebas que autoricen el segundo, y por ser función del Tribunal de instancia la apreciación de la existencia o inexistencia de un contrato, y no impugnarse esa apreciación citando con claridad y precisión el documento auténtico que demuestre el error de hecho ni los preceptos sobre valoración de la prueba, ha de estimarse subsistente la conclusión de inexistencia establecida por la Sala sentenciadora, que estima *no concurren en el contrato todos los requisitos exigidos por el art. 1.261 del Código Civil, por no tener realidad el derecho de nuda propiedad de las actoras, que se hace figurar, como objeto de contratación, y sobre el que no puede recaer consentimiento de los contratantes que conocian la carencia de esa realidad*, y como quiera que la acción de nulidad que concede el art. 1.300 del Código Civil, se refiere a los contratos anulables, que reúnan los requisitos del art. 1.261, resulta inaplicable a los que no reúnan tales requisitos el plazo prescriptivo señalado en el art. 1.301 y concordantes; y en cuanto al impedimento que para el ejercicio de la acción de nulidad puede significar lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.963, en relación con el 1957, por haber adquirido el demandado la fábrica en virtud de justo título y posesión de más de diez años, aparte de que la prescripción de esa clase no fué alegada en la instancia, y constituye una cuestión nueva que no puede ventilarse en casación, es de tener en cuenta que la Sala sentenciadora no conceptúa al señor V. V. como adquirente de buena fe, al afirmar, en el quinto considerando, que son inoperantes las alegaciones hechas por el mismo de que si contrató con el padre de las actoras, es por creencia debida-

mente autorizado para ello, lo que equivale a afirmar que conocía los vicios que invalidaban su título y su carencia de virtualidad como elemento para adquirir por prescripción ordinaria; y, por último, como las demandantes, hasta ocurrir el fallecimiento de su padre sólo podrían ejercitar las acciones de nulidad encaminadas a que no se malograra la expectativa de su derecho si llegaban a sobrevivirle, y la que ahora se ejercita se basa en el derecho efectivo que adquieran al fallecimiento de aquél, courrido en 22 de diciembre de 1947, y hasta entonces nada pudieron reclamar como verdaderas titulares de ese derecho, desde entonces ha de contarse el plazo prescriptivo, conforme al art. 1.969, sin que con arreglo a ese cómputo haya transcurrido al promover el acto conciliatorio preliminar de la demanda el plazo de cuatro años que la ley señala para la prescripción de la acción, aun en el supuesto de poder aceptarse la tesis, ya rechazada, de que no se trata de un contrato radicalmente nulo o inexistente, sino simplemente anulable.

La sentencia anterior tiene, en cuanto a su argumentación, un valor convencional, pues sigue a los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que punto por punto se van impugnando, y desestimada en el fondo, es intrascendente el destruir los argumentos más o menos convincentes, por la influencia de la doctrina del fideicomiso romano en que se apoya. El resultado es correcto y otra parte de su fundamentación.

c) *La disposición de bienes por testamento.*—De escaso interés es este particular, por el casuismo que supone la cláusula y los motivos que dan lugar a la contienda judicial resuelta por la sentencia de 23 de diciembre de 1940, sobre la siguiente testamentaria:

Ordeno y mando que instituyo por mi única y universal heredera especialmente de toda la mitad de la dehesa de «Los Huelmos», que me pertenece, bueyes y aperos de labrar y en cuantos otros bienes me correspondan y de que no haya dispuesto en este mi testamento, a mi sobrina Rosario S. O., esposa legítima de mi expresado sobrino Eduardo, *con prohibición absoluta de enajenar ni aun la parte más pequeña de la propiedad en que le instituyo, con encargo asimismo de reservar íntegra toda esta herencia para los hijos de su matrimonio*, habidos con mi sobrino Eduardo, caso de fallecer éste y pasar aquélla a segundas riupcias.

La sentencia viene a seguir el criterio tradicional de la Dirección de Registros que concede un sentido limitado a la palabra enajenar, como limitada a los actos *inter vivos*, y no a la disposición que se refiere igualmente a los actos *mortis causa*, diciendo:

Considerando que frente a la interpretación dada por el Tribunal de instancia a las cláusulas 20 del testamento otorgado por don Francisco P., el 16 de abril de 1865, y según la cual se trata de una institución en propiedad a favor de doña Rosario S. O., con prohibición de enajenar para el caso de que viniese alguno de los hijos nacidos del matrimonio de dicha señora con don Eduardo P., la recurrente sostiene que, en cuanto a la mitad indivisa de la dehesa «Los Huelmos», la cláusula de referencia significa una institución de usufructo a favor de doña Rosario y otra en nuda propiedad a favor de los hijos de dicha señora:

Considerando que, aparte la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor, cuando se trata de interpretación de cláusulas testamentarias, es necesario que aparezca evidente el error en la sentencia para que pueda darse lugar a la casación, el aludido testamento, que fué inscrito en el Registro de la Propiedad y constituyó la base de la operación particional, igualmente inscrita, de los bienes relictos por fallecimiento de don Francisco P., ni establece distinción entre nuda propiedad y usufructo de la mitad de la dehesa ni prohíbe en términos genéricos a doña Rosario S. O. disponer de ella, como con manifiesta exactitud sostiene el recurrente, sino sólo enajenar, o sea, en el estricto significado de la palabra transmitir por acto *inter vivos*:

Considerando que no impugnado el título de propiedad de doña Rosario S. O. no cabe en manera alguna estimarlo alterado o desvirtuado por el hecho de que en una de las inscripciones posteriores a la de la aludida operación particional, se haya omitido en el Registro el particular de la cláusula testamentaria relativa al supuesto, no realizado, de pasar la herencia a segundas nupcias ni el que por una escritura otorgada en 15 de julio de 1919 se califique de usufructo el derecho correspondiente a aquella señora sobre la mitad indivisa de la dehesa «Los Huelmos», pues si la inscripción en el Registro de la Propiedad constituye en nuestra legislación título de dominio, sino corroboración y garantía del existente ni la naturaleza peculiar de cada uno de los derechos depende de la

denominación que con mayor o menor acierto puedan darle los interesados, siguiéndose de estas consideraciones que adquirida la propiedad de la mitad indivisa de la finca de doña Rosario S. O., y no constando se hubiese producido merma o alteración de las facultades dominicales durante el tiempo transcurrido desde la adquisición del derecho hasta la muerte del titular, es manifiesto que pudo ésta disponer por testamento de dicha mitad indivisa, que la testadora tenía igualmente facultad de imponer a los sucesores las condiciones expresadas en la cláusula primera de su acto de última voluntad, entre ellas la prohibición de que se exigiese a don Fernando P. cuentas de administración de los bienes legados a la actora y a sus hermanos, y que *no medió error al ser incluida la repetida mitad de la dehesa en las operaciones particionales del caudal hereditario*:

Considerando que si las razones expuestas llevan a la conclusión de que no pueden prosperar los motivos primero, segundo y tercero del recurso, esta conclusión se corrobora y robustece teniendo en cuenta, bajo otro aspecto, que, ejercitada en la demanda una acción encaminada a obtener la rescisión de operaciones particionales, resulta indispensable para su éxito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.074 del Código Civil, la demostración de lesión o agravio en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueren adjudicadas, demostración que no se intentó en el pleito y cuya falta incide también, puede prosperar la acción ejercitada:

Considerando, por último, que, invocando el cuarto de los motivos del recurso, el número 1.^º del artículo 1.692 de la ley procesal, su razonamiento está, no obstante, dirigido a combatir determinada apreciación de la prueba, sin alegar, al amparo del número séptimo de dicho artículo, error de hecho ni de derecho; y constituyendo tal defecto causa de inadmisión del recurso, lo es igualmente de desestimación del mismo, con arreglo a la doctrina de esta Sala, siguiéndose, en consecuencia, que no puede prosperar el motivo de que se trata.

d) *Penificación por renuncia*.—Sobre el siguiente árbol genealógico:

† Andrés M. M.

TESTADOR

María del Mar

Usufructuaria

Maria Matilde L. de H.

1/3 Mejora

NUDA PROPIEDAD

Eduardo L. de H. M.

1/3 Libre disposición

NUDA PROPIEDAD

Viene a sentarse en la resolución de 19 de diciembre de 1942:

Considerando, en cuanto al primer defecto señalado en la nota recurrida, que si bien en principio los actos que tienden a modificar entidades hipotecarias o fincas mediante segregaciones o agrupaciones son de riguroso dominio, es necesario tener presente en el caso discutido en el contrato, que la escritura de poder, por la cual la mandante autoriza para vender «por el precio y condiciones que estime, el mandatario revela el propósito de no poner trazas ni limitaciones al contrato de venta, *toda vez que la palabra «condiciones» parece empleada en su acepción vulgar, como sinonimia de supuestos, cláusulas, bases y operaciones*, con arreglo a las cuales podría realizarse la venta, y entre las que se encuentra como previa la segregación, para el caso de que se enajene una parte de la finca, como sucedió en la escritura objeto del presente recurso:

Considerando que este razonamiento resulta confirmado en la propia escritura, porque la mandante se obligó a tener por firme y válido lo que en virtud de las atribuciones conferidas «y sus consecuencias, incidentes y anexos hiciere el mandatario», palabras todas que ponen de manifiesto una vez más las amplias facultades atribuidas a éste para efectuar la venta:

Considerando que a los motivos anteriores se une en este caso la circunstancia de que, por ser el mandatario marido de la señora otorgante, el poder es de presumir que se hallaba autorizado con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital y con la natural amplitud que al marido, apoderado de forma auténtica, corresponde corrientemente no sólo como jefe de la sociedad conyugal y representante legal de su mujer, sino como

mandatario que se halla en relación íntima con su mandante y de quien puede recibir constantemente instrucciones:

Considerando, respecto al segundo defecto, que la cláusula del testamento de don Andrés M. M., en cuyo virtud *si alguno de sus referidos nietos falleciere sin dejar sucesión, los bienes que hubiera adquirido por virtud del legado pasarán a su otro hermano, no implica una sustitución fideicomisaria en favor de los hijos que el mismo pudiera tener*: 1.^o Porque la regla «*positus in conditione positus in substitutione*», ni se ha admitido como general en el derecho común castellano, ni responde a una presunción incontrovertible de que la persona designada al fijar la condición dada debe ser reputada sucesora directa del testador; y 2.^o Porque los argumentos que en el presente caso podrían alegarse respecto a la exigencia del legatario de la conservación y transmisión a sus hijos de los bienes legados, no se concilian con los arts. 783 y 785, núm. 1.^o del Código Civil, a cuyo tenor, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos, y no surtirán efecto los que se hagan sin darles tal nombre y sin imponer al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero:

Considerando que del estudio de la cláusula testamentaria tampoco se infiere la existencia de una prohibición expresa de enajenar, el alcance de cuya omisión no pudo desconocer el causante, dada su calidad de abogado; y, según tiene reiteradamente declarado este Centro directivo, las cuestiones dudosas deben resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio:

Considerando que el segundo extremo de la nota recurrida, sin plantear directa y generalmente el problema de la forma y efectos de la purificación del fideicomiso condicional, por la mera renuncia del fideicomisario, se limita a poner de relieve el que los derechos de los descendientes de las personas llamadas nominalmente a la herencia no sean lesionados; por lo que esta resolución debe enfocar tan sólo el indicado aspecto y desestimar la calificación del Registrador en los términos en que se halla concebida.

La revocación afectaba al segundo defecto puesto por el Registrador y que amparaba el auto presidencial, «porque la nuda propiedad de don Eduardo debería pasar por su fallecimiento a sus descendientes y, en su defecto, de ellos a su hermana, por lo cual

820 DEL USUFRUCTO A LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA

la renuncia hecha por ésta no convalida la venta», defecto este último que se calificó de insubsanable.

Ahora, en la resolución de 1 de febrero de 1952 se confirma la nota del Registrador contra el criterio de la Audiencia, sobre otra enajenación, diciendo la Dirección General:

Considerando que los títulos que se presentan en el Registro generalmente se devuelven a los interesados con la nota preventida en el art. 253 de la Ley Hipotecaria, expresiva de haberse practicado el asiento solicitado, si bien cuando adolezca de algún defecto que impida su despacho, el Registrador deberá manifestarlo a los interesados para que si quieren recojan el documento y subsanen la falta, entregándolo sin más nota que la de haberse verificado el asiento de presentación, excepto cuando reclamare que se extienda la nota calificadora, de acuerdo con lo establecido en los arts. 19 de la mencionada ley, 105, 106, 436, párrafo 2.^o, y 434, párrafo 1.^o, de su Reglamento, y constante práctica observada en los Registros.

Considerando que la sustitución por el Registrador de una nota puesta en el título por otra redactada al emitir su informe, equivale a una reforma de la calificación, y si bien puede rectificar el juicio en todo o en parte y conformarse con la petición del recurrente, según lo dispuesto en el art. 116 del Reglamento Hipotecario, el Registrador no se halla autorizado para rectificar, ampliar o adicionar con nuevos defectos la calificación, mientras no se decida el recurso entablado, porque con ello provocaría a la indefensión del recurrente y alteraría los fundamentos y bases del debate.

Considerando que en nuestro ordenamiento hipotecario las notas firmadas y extendidas en los títulos, a los efectos de suspender o negar la inscripción solicitada, constituyen la calificación del documento por el Registrador, conforme a los arts. 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, y no cabe atribuirles el carácter de notas simplemente informativas;

Considerando que la finca vendida en la escritura autorizada por el notario de Vitoria, don M. L. S. el 9 de junio de 1951, pertenecía a la plena propiedad de doña G., don L., doña M. de los D. y doña M. C. de V. C., quienes al morir su padre consolidaron el usufructo que éste tenía con la nuda propiedad que les había sido

legada por su abuelo en la cláusula 6.^a del testamento de 21 de diciembre de 1922, bajo el que falleció, y en la que dispuso que era condición de la institución que los bienes «no se podían gravar y vender hasta que los nietos lleguen todos a la mayor edad», y asimismo ordenó que tales bienes adjudicados en nuda propiedad y en usufructo se administrarán por sus hijos don R. L. y doña P., los cuales entregarian el producto y renta de los mismos al usufructuario, y que si por cualquier circunstancia fuese conveniente o necesaria, a juicio de los administradores venderlos, podrían hacerlo con la obligación de invertir su importe en valores seguros, que quedarian sujetos a las mismas condiciones:

Considerando que la interpretación teológica de la prohibición de enajenar impuesta en el testamento y las circunstancias acreditadas en el expediente revelan la intención del testador de privar a su hijo de la disposición de los bienes, confiriéndole solamente el usufructo, acaso por estimar que no reunía condiciones necesarias para su recta administración y conservación, y que otra legítima finalidad temporalmente puede ser protegida por el ordenamiento jurídico; pero su alcance y oportunidad han de apreciarse en relación con todas las cláusulas del testamento, ley de la sucesión y hechos posteriores, que no permiten concluir, como se hizo en la escritura calificada, que por ser menor uno de los cuatro nietos, subsista la administración, y las excepcionales facultades dispositivas establecidas por el testador, en atención a la adjudicación de los bienes hecha en usufructo y nuda propiedad:

Considerando que, admitido el poder dispositivo de los vendedores se privaría a los plenos propietario del casería de «A» y sus pertenecidos de facultades que son contenido normal de la propiedad, según el Código Civil, en contra de la orientación favorable a la libertad del dominio que preside nuestra legislación, y con la posibilidad de que sufren perjuicios los dueños por la enajenación efectuada, con el simple compromiso de invertir el precio en valores seguros y sin el consentimiento, y quizá sin el conocimiento, de titulares registrales con plena capacidad de obrar.

f) *Circunstancia de existir más hermanos y mayor edad.*—Conjuntamente con el hecho de llegar a la mayor edad y que no pudieran existir más hermanos, viene a sentarse la resolución de 22 de junio de 1943:

Considerando que el testamento otorgado por don Lorenzo R. aparece instituida su hija como heredera usufructuaria en la mitad de la casa núm. 7 de la calle Cuna, de Sevilla, con la siguiente ampliación: «*Cuando con el transcurso del tiempo se calcule, racionalmente pensando, que por ley física o natural su citada hija no tuviere más sucesión, los bienes que hubiera usufructuado con arreglo a la citada disposición los adquieran en pleno dominio y por iguales partes los hijos legítimos que a la sazón tuviere, con la sola limitación de que éstos no adquirirían ni entrarian en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos cumpliera la mayor edad, a menos que antes de ocurrir este hecho falleciera doña Soledad S. M.*»; y por mucha libertad que se deje a la instituida para interpretar esta cláusula y provocar la adquisición del pleno dominio a favor de los hijos legítimos en un momento dado, no puede admitirse por el sólo hecho de haber quedado viuda, único dato en que se apoya la escritura, que ni siquiera consigna la edad de la expresada señora, puede estimarse que, racionalmente pensando, no ha de tener sucesión, por lo que resulta justificada la parte de la nota calificadora que, fundándose en la falta de previa inscripción a favor de los vendedores, deniega la inscripción de la venta en cuanto se refiere a la nuda propiedad:

Considerando, por lo tocante a la afirmación hecha en la misma nota sobre la falta de capacidad de los hijos de doña Soledad R., que también ha de reconocerse la eficiencia del poder dispositivo de los mismos: primero, porque en el testamento aludido consta con toda claridad la limitación de que los hijos llamados «no adquiriría ni entrarian en posesión de su parte respectiva hasta el día que el último de ellos tuviese la mayor edad», y, según consta en la escritura, tres eran menores de edad cuando se realizó el otorgamiento; segundo, que aun dando solamente un valor relativo a la contradicción que implica en la cláusula examinada que, por un lado, ordena, respecto de los bienes, que los hijos legítimos «los adquirirán», e inmediatamente establece que «no adquirirían», es indudable que, por lo menos existe una prohibición de enajenar válida, con arreglo al número 2º del art. 758 del Código Civil, en su relación con el art. 781 del mismo Código; y tercero, porque la autorización judicial obtenida para llevar a cabo la enajena-

ción podrá suplir la falta de capacidad de los menores, pero no la carencia de poder dispositivo para perfeccionar la transferencia del dominio desde el patrimonio de los mismos al del comprador:

Considerando que la alegación del recurrente relativa a que la enajenación del pleno dominio, llevada a efecto con autorización judicial no altera las disposiciones testamentarias a que estaba afecto el inmueble, sino que se limita a transformar el objeto, sustituyendo éste por el precio, no se compadece con la doctrina reiteradamente sustentada por este Centro, según el cual las prohibiciones de enajenar impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, porque, sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas usualmente; y si bien las prescripciones fundamentales del régimen hipotecario son refractarias a las prohibiciones de enajenar, que gravan la propiedad y entorpecen el comercio inmobiliario, corresponden, por otra parte, las limitaciones impuestas en testamento de un modo tan íntimo a la intuición popular, a las necesidades familiares y a la presión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas por este Centro directivo:

Considerando, finalmente, que para levantar esa prohibición de enajenar es insuficiente la autorización judicial obtenida al amparo del art. 164 del Código Civil, como si se tratara de bienes que se hallan en el patrimonio de los menores, sin sujeción a limitaciones del poder dispositivo, y así se ha reconocido en múltiples ocasiones por este Centro directivo.

38.—EFFECTOS BASCULANTES DE LA CONDICIÓN.

Al llegar al final de este trabajo, con la salvedad de algún caso de excepción, se ha procurado presentar la doctrina sobre los supuestos susorios encabezados por el usufructo, que viene a asentarse sobre una nuda propiedad, que bien se adquiera en forma pura o a término, o sea por la vía que facilita la legal transmisibilidad familiar de los bienes, que es la divisa que los mantiene dentro de la órbita familiar, pero con aquella calificación aparta la aplicación de la condición, que tuvo un sentido monopolista en

el Derecho romano y el foral, al que sirve de soporte, como única forma, que muchas veces produce el efecto contrario al pretendido, dispersando los bienes que con purificaciones anticipadas permiten la disposición testamentaria a favor de familias de otra sangre. El declinar de la condición pudiera ser la tesis de este trabajo, y la antítesis es precisamente la escasa representación de la condición y en ocasiones su aplicación tiende precisamente al mismo efecto que el término de abroquelar los bienes dentro del círculo familiar, marcando la ruta de la voluntad subyacente en todas las disposiciones indirectas, de que los bienes queden el mayor tiempo posible en la esfera parental.

Para Cataluña es de aplicación la sentencia de 18 de mayo de 1932, diciendo:

Considerando que si bien en las donaciones de fincas o cosas materiales el donatario adquiere el dominio mediante la tradición, la reserva del usufructo, la *duductio* en general o cualquier otra entrega simbólica, no puede perderse de vista que los heredamientos a favor de los hijos, que suelen contener las capitulaciones matrimoniales autorizadas por la legislación catalana, participan de las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa*, por lo que Fontanella las calificó de *hermafroditas*, y otros escritores de híbridas, teniendo de común con las primeramente nombradas el ser irrevocables, y como las *mortis causa* no sólo que su perfecto cumplimiento no llega hasta la muerte del donante, sino que su eficacia está subordinada a la condición tácita de que el donatario no premuerre al donante, doctrina que, expuesta por los más notables escritores, se halla también establecida en las sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1898, 26 de octubre de 1886 y 14 de diciembre de 1910, convenidas o impuestas como ley especial de la discutida donación prenupcial, ha de atenerse tanto a las expresiones empleadas como a los propósitos de las partes contratantes:

Considerando que por la escritura de 16 de junio de 1919, don José Solé Carol, para compensar a su hijo Jaime los servicios y trabajos prestados a la casa, le hizo donación de las tierras y casa de referencia, disponiendo al propio tiempo que en el supuesto de fallecer el donatario sin hijos o con tales que no llegasen a la edad de testar y vivir el donante, éste entrara en el pleno usufructo y administración de las fincas donadas por durante su vida, pasando,

extinguida ésta, a la plena propiedad de Genoveva Vidal Freixas, en compensación del sacrificio que para la misma representa tener que atender al donante y a su futuro esposo incapaz, Jaime Solé, y si fallece éste sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar y no existe el donante, entrará, desde luego, en plena propiedad de las dos descritas fincas la prenombrada Genoveva Vidal Freixas, *de cuyos términos claramente se desprende la condición de que habría de sobrevivir la Genoveva al Jaime y al donante*, no sólo por el lugar que se le asigna para el disfrute de la donación, sino por los servicios que con ésta se trata de remunerar, *constituyendo una verdadera condición completa*, que, como se expresa en el Considerando séptimo de la sentencia aceptada por la recurrida, produce el efecto principal de impedir el nacimiento mismo del derecho a ella sometido, que ni siquiera se sabe si llegará alguna vez a existir; o, como se dice en el Considerando segundo de la sentencia recurrida, es algo intermedio entre la inexistencia del negocio jurídico y su perfección no habiendo derecho propiamente dicho mientras la condición no se haya cumplido; y en tal atención es claro que al fallecer Genoveva Vidal a los pocos meses de contraer matrimonio se hizo imposible la condición, puesto que la sobrevivieron, y no pudiendo ya prestarse los servicios que se querían remunerar, y quedando ineficaz y nula la condición; y bien sea esta institución considerada como contrato o como fideicomiso, es lo cierto que *nada pudo transmitir por herencia Genoveva a su hermana Coloma*, porque, como antes se expresa, no llegó a tener derecho alguno, pues no pasó de la eventual adquisición o mera *spes* que se extinguió con su muerte, y no es suscriptible de ser transmitido por herencia, ya que ésta sólo comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que se extingan por su fallecimiento conforme al art. 659 del Código Civil y si se estima que el llamamiento estaba sometido a las normas de las sucesiones como sustitución fideicomisaria al fallecer Genoveva, *pendente conditione*, antes que el donante y que el donatario, no pudo tener lugar la transmisión de derechos:

Considerando, a mayor abundamiento, que si se estima necesario interpretar la cláusula de referencia, para atender mejor la voluntad de las partes, en consonancia con la sentencia de este Tribunal antes citada, bien claro está que la voluntad del donante

es opuesta a que su casa y bienes vayan a poder de la heredera Genoveva, desde el momento que solicitó la declaración de heredera de su hijo Jaime y transfirió la casa de referencia a su hija Josefa, y al mismo resultado se llega si se considera la naturaleza y causa social de los heredamientos y *las enseñanzas del Derecho natural y la Etica*, que nos dicta que, a falta de pacto o derecho que otra cosa disponga, es lo *racional que los bienes que el padre donara al hijo antes de pasar a personas extrañas a la familia deben recaer en el heredero del hijo*, que en el presente caso coinciden con el mismo donante:

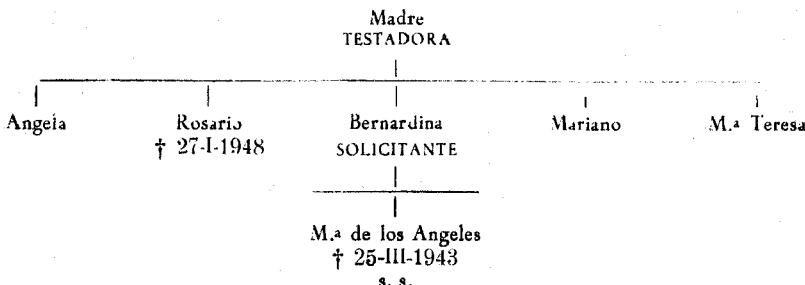
Considerando que de todo lo expuesto se desprende la conclusión de que el Tribunal *a quo* interpretó erróneamente las disposiciones contenidas en la *Instituta* de Justiniano, libro III, título XV, pr. 4, y libro III, título XIX, pr. 25, y frag. 9.^o, título III, libro XXIII, y los fragmentos 2.^o y 5.^o, título V, libro XXXIX del *Digesto*, y los artículos del Código Civil que en tal concepto se citan en el único motivo del recurso, y por lo mismo, ha dado lugar a la casación de la sentencia.

La demandada había inscrito en el Registro.

Por último, en esta linea condicional se encuentra la resolución de 20 de junio de 1956, que deniega la petición de inscripción, confirmado el acuerdo de la Audiencia, que mantuvo la nota del Registrador, sobre la siguiente cláusula:

«Del tercio de mis bienes, del que en concepto de mejora puedo disponer, conforme al párrafo 2.^o del art. 808 del vigente Código Civil, mejoro a cada uno de mis nombrados cinco hijos, doña Angela, doña Rosario, doña Bernardina de Sena, don Mariano y doña María Teresa, en la quinta parte del valor de dicho tercio, en calidad de usufructo vitalicio, cuya nuda propiedad mando, también haciendo uso del derecho de mejorar, a los respectivos descendientes legítimos de dichos mis hijos, heredando aquéllos por estirpes. Si alguno de mis hijos falleciera sin dejar sucesión legítima, la porción o porciones usufructuarias vacantes de él o de los fallecidos la heredarán sus hermanos supervivientes en usufructo vitalicio, y en propiedad los aludidos descendientes legítimos, por estirpes, como queda expresado.»

La posición genealógica es la siguiente:



Pretendía inscribir los bienes de su hermana Rosario, rechazándose la pretensión en virtud de los siguientes:

Considerando que, consentidos por el recurrente varios de los defectos de la nota calificadora, se reduce la cuestión planteada en este expediente a interpretar el testamento de 24 de marzo de 1920, otorgado por la excelentísima señora duquesa viuda de Uceda, en el que la testadora declaró su voluntad de mejorar, conforme al art. 808-2.^o del Código Civil, a cada uno de sus cinco hijos, con el usufructo vitalicio, y a los descendientes legítimos de dichos hijos con la nuda propiedad, «si alguno o algunos de dichos hijos fallecieren sin sucesión legítima, la porción o porciones usufructuarias vacantes del o de los fallecidos, las heredarán sus hermanos supervivientes en calidad de usufructo vitalicio, y en propiedad los aludidos descendientes legítimos, por estirpes, como queda expresado»:

Considerando que por haber fallecido sin sucesión legítima, en 27 de enero de 1948, la hija y heredera de la causante, doña Rosario, la nuda propiedad de los bienes del tercio de mejora, que usufructuaba, debía corresponder, por estirpes, a los hijos de los cuatro hermanos restantes; pero fallecida en 24 de marzo de 1943 la única hija de una de las hermanas, doña Bernardina, es necesario determinar si, en virtud del testamento de referencia, pudo aquélla transmitir a sus herederos algún derecho, puesto que falleció antes de que la condición se hubiera cumplido.

Considerando que los testadores pueden reflejar sus particulares deseos en las disposiciones de última voluntad sin otras limitacio-

nes que las establecidas en la ley y, por tanto, las instituciones de heredero y los legados podrán hacerse puramente o sujetos a determinados plazos, condiciones o modos; pero la interpretación de la voluntad del causante ha de realizarse siempre en forma sistemática, para que tales disposiciones sean rectamente cumplidas:

Considerando que, configurada la institución de heredero dependiente de un acontecimiento futuro e incierto, de manera que la condición sea un presupuesto del llamamiento, debe apreciarse la capacidad del instituido para adquirir el derecho en el momento de verificarse la condición, conforme a lo dispuesto en el art. 758 del Código Civil, y, en consecuencia, nada podrá transmitir quien fallezca antes, según declara el art. 759 del mismo Código, aunque otra cosa suceda en aquellos supuestos en los que dependa de la condición se cumpla, puede transmitir los derechos que hubiera adquirido:

Considerando que del contexto de la cláusula discutida, corroborado por la interpretación dada por el albacea, aparece evidente que en la primera parte la causante dispuso de la nuda propiedad del tercio de mejora en favor de sus descendientes, mientras que en la segunda ordenó la testadora que la porción usufructuaría correspondiente a aquél de sus hijos que muriese sin sucesión fuese heredada en propiedad por los descendientes de los restantes hijos que sobreviviesen, y como doña Angeles A. premurió a su tía doña Rosario T., es forzoso concluir que no adquirió derecho alguno que ella pudiera transmitir a su madre, y al tener un carácter subordinado a éste los defectos A-3) y B-3) de la nota, es innecesario entrar en su examen. La aparente contradicción con la sentencia de 11 de abril de 1905 es falsa; en aquélla se aplicó la transmisibilidad legal de derecho, y ésta no tiene lugar cuando está preordenado por el testador su forma expansiva o concéntrica por el derecho de acrecer y representación.

Esta tendencia familiar se observa en la jurisprudencia extranjera, como de forma marginal apunta KARL LARENZ, en *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*: «En un caso en que los cónyuges se habían instituído herederos mutuamente en un testamento mancomunado y habían instituído a determinados parientes después de la muerte del último fallecido, el esposo sobreviviente adoptó a su hijo ilegítimo y lo instituyó heredero,

revocando su propia disposición testamentaria. El Tribunal Supremo del Reich admitió la impugnación de los parientes originariamente favorecidos. La esposa, declaró, no había supuesto que el esposo no tendría un hijo ilegítimo y que no adoptaría a nadie; sin embargo, *aun cuando tales suposiciones no hayan tenido lugar por estar muy alejadas del ámbito de las representaciones del causante, puede hablarse de la errónea suposición de que tales acontecimientos no se producirán.*

JOSÉ LATOUR BROTÓNS,

Fiscal y Letrado del Ministerio de Justicia.