

Roj: **STS 900/2002 - ECLI: ES:TS:2002:900**Id Cendoj: **28079110012002101763**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2002**Nº de Recurso: **3102/1996**Nº de Resolución: **124/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Jaén, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Linares, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Laura , defendido por el Letrado D. Luis M. Juega; siendo partes recurridas el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Caja Rural de Jaén, defendido por el Letrado D. M. Moraleda Pérez y el Procurador D. Jesús Iglesias Pérez, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, defendido por el Letrado D. Francisco Duro Ortega.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Salvador Marín Pageo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Celestina y las hermanas Amelia , Julia , María Cristina y Laura , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia , D. Luis Carlos , D<sup>a</sup> Marí Luz y D<sup>a</sup> Leticia , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Caja Rural Provincial de Jaén, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: A) Que se inste a D<sup>a</sup> Claudia a fin de que: a.1.- Previa liquidación de la sociedad de gananciales acepte o repudie la herencia de su esposo D. Luis Carlos . a.2.- acepte o repudie la herencia de su hija D<sup>a</sup> Catalina . B) Que se inste igualmente a D<sup>a</sup> Marí Luz y D. Luis Carlos a fin de que acepten expresamente la herencia de su padre D. Mauricio , tácitamente aceptada; y dándose con ello por completamente pagados de cuantos derechos de cualquier clase ostentaren en dicha herencia con la adjudicación a la primera de la finca de olivar mencionada sita en DIRECCION000 ; término de Bailén y al segundo con los negocios de almacén de materiales y bebidas. C) Se declare la validez, convaliden y dé carácter público a las adjudicaciones y pactos realizados privadamente por los interesados respecto de las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes relictos al óbito de D. Mauricio , tal como han quedado plasmadas en el hecho segundo de esta demanda a donde nos remitimos y que aquí se da por íntegramente reproducido para evitar repeticiones innecesarias. D) Se declare la nulidad de la escritura pública de aceptación de herencia al óbito de D<sup>a</sup> Magdalena , autorizada en Bailén el día 14 de enero de 1988 por su Notario D. Tomás José Gila Puertas, por incluir bienes de los que la causante no era dueña y, además haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión. E) Se condenen a las herederas D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia y a D. Luis Carlos y D<sup>a</sup> Marí Luz a comparecer en la Notaría de Bailén en unión de los actores a fin de otorgar escritura pública en la que como paso previo a la herencia de D<sup>a</sup> Magdalena se lleven a cabo los siguientes negocios jurídicos: Segregar nave almacén en plaza DIRECCION001 ; Declaración de obra nueva de la vivienda construida en la cámara y su división horizontal quedando el edificio resultante transformado en dos unidades de la citada propiedad horizontal una vivienda en planta baja y otra en la alta. -Adjudicar la nave-almacén de la DIRECCION001 y la vivienda en la planta primera en altura de la calle DIRECCION002 NUM000 , de Bailén, así: el usufructo vitalicio de todo ello a D<sup>a</sup> Claudia y, la nuda propiedad correlativa en comunidad, por cuartas partes iguales y proindiviso a las cuatro



hermanas D<sup>a</sup> Amelia , D<sup>a</sup> Julia , D<sup>a</sup> María Cristina y D<sup>a</sup> Laura . - Adjudicar el resto de los bienes, o sea, la vivienda de la planta baja de la DIRECCION002 número NUM000 de Bailén en comunidad de por mitad y proindiviso a las hermanas D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia , y, además un derecho de habitación personal y vitalicio sobre dicha vivienda en favor de la actora D<sup>a</sup> Celestina . - Y el resto de la nave de la antigua jabonería, sita en la calle DIRECCION003 , de Bailén, a D<sup>a</sup> Rosa . Todo lo adjudicado a D<sup>a</sup> Rosa gravado con el fideicomiso de residuo ordenado por la causante en la cláusula cuarta de su testamento. F) Se declare la nulidad de las escrituras públicas de hipoteca que se dirán: F1.- La autorizada en favor de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en Bailén, el día 31 de enero de 1992 por su Notario, D. Tomás Gila Puertas. F2.- La autorizada en favor de Caja Rural Provincial de Jaén, Sociedad Cooperativa Agrícola andaluza, en Jaén, el día 24 de febrero de 1993 ante su Notario, D. Juan Lozano López, número 3488 de su protocolo general. Ambas por comprender bienes de los que no son dueñas las hipotecantes y simulación de dicho contrato al encubrir realmente una donación. G) Se decrete la cancelación en el Registro de la propiedad de DIRECCION004 de las inscripciones y demás asientos producidos por los mencionados contratos cuya nulidad se deja solicitada; H) Y se impongan a los demandados todas las costas causadas, dada su temeridad y mala fe.

2.- El Procurador D. José M<sup>a</sup> Villanueva Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Rosa , D<sup>a</sup> Claudia y D. Luis Carlos , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestime de plano las pretensiones de los actores, condenándolos a pagar las costas del presente procedimiento.

3.- La Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Blesa de la Parra, en nombre y representación de Caja Rural Provincial de Jaén, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que estimando alguna de las excepciones propuestas, no se entre a conocer el fondo del asunto y en forma subsidiaria para el supuesto de que las mismas no fueran atendidas se dicte una sentencia entrando a conocer el fondo del asunto en virtud de la cual se desestime en su totalidad la demanda deducida de contrario con expresa imposición de costas en ambos supuestos a la parte actora por su temeridad y mala fe.

4.- La Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Blesa de la Parra, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que bien estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteado, bien entrando a conocer del fondo, desestime la demanda, absolviendo de la misma a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

5.- Las codemandadas D<sup>a</sup> Marí Luz y D<sup>a</sup> Leticia , fueron declaradas en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin comparecer en autos.

6.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Il<sup>tre</sup>. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Linares, dictó sentencia con fecha 26 de diciembre de 1.995, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Celestina , Amelia , Julia , María Cristina y Laura , contra D<sup>o</sup> Claudia , D<sup>a</sup> Marí Luz y D. Luis Carlos , se condena a D<sup>a</sup> Claudia para que, previa liquidación de la sociedad de gananciales, en el plazo máximo de treinta días acepte o repudie la herencia de su esposo D. Mauricio y la de su hija D<sup>a</sup> Catalina , con apercibimiento que de no hacerlo se tendrán las herencias referidas por aceptadas; igualmente se condena a D<sup>a</sup> Marí Luz y D. Luis Carlos para que en el plazo máximo de treinta días acepten o repudien la herencia de su padre D. Mauricio , con apercibimiento de que si no lo hacen, se tendrá la herencia aceptada; y, desestimando íntegramente los demás pedimentos que se contienen en el suplico de la demanda, que se dirigen contra los demandados expresados y contra D<sup>a</sup> Rosa , D<sup>a</sup> Leticia , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Caja Rural de Jaén, ambas entidades representadas por la Procuradora Blesa de la Parra, se absuelve libremente a todos los demandados del resto de pretensiones contenidas en la litis. No se hace expresa imposición sobre las costas causadas a los codemandados condenados parcialmente y se imponen a las actoras las costas causadas a los demás demandados absueltos.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D<sup>a</sup> Celestina , Amelia , Julia , María Cristina y Laura , la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 15 de julio de 1.996, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 3 de Linares, con fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y cinco en autos de juicio de menor cuantía seguidos en dicho Juzgado con el número 405 del año 1994, debemos de confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, con imposición de las costas del recurso a los apelantes.



TERCERO.- 1.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Laura , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Vulneración del art. 24 de la Constitución Española. SEGUNDO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción de los artículos 578, 610 y 626 a 632 todos ellos de la Ley Rituaria Civil. TERCERO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 596.4 y 597.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. CUARTO.- Por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conexión con el 646 del mismo cuerpo legal. QUINTO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 1278 del Código civil. SEXTO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 361 del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta. SEPTIMO.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Vulneración del artículo 359 y del 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartado 3º artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el apartado 3º del artículo 120 de la Constitución Española. OCTAVO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). NOVENO.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión a esta parte ( artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como del artículo 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartado 3º artículo 248 de la Ley Orgánica del poder judicial y el apartado 3º del artículo 120 de la Constitución Española. DECIMO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 675 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta. DECIMOPRIMERO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. DECIMOSEGUNDO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). DECIMOTERCERO.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ( artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se cita la sentencia del TSJ de Baleares de fecha 21 de mayo de 1993.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de Caja Rural de Jaén y el Procurador D. Jesús Iglesias Pérez, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid presentaron sendos escritos de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de febrero del 2002, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La relación fáctica que constituye la base de hecho de este proceso, ahora en trámite de casación, es la siguiente:

\* D<sup>a</sup> Magdalena falleció en 1979, con testamento abierto otorgado en fecha 23 de noviembre de 1959, cuyas herederas otorgaron escritura de aceptación, partición y adjudicación del patrimonio hereditario en Bailén, en fecha 14 de enero de 1988; el contenido patrimonial del testamento es del siguiente tenor literal:

Establece en favor de su hijastra Celestina , un derecho real de habitación, personalísimo, definido en el artículo 524 del Código civil. Mejora a su hija Rosa en la parte de casa que habita la testadora en la DIRECCION002 de esta ciudad y que antes estuvo destinada a fábrica de jabón, cuya puerta de entrada a esta parte la tiene por la plaza del DIRECCION001 . En el remanente de todos sus demás bienes, derechos y acciones, instituye por sus únicas y universales herederas por partes iguales a sus dos nombradas hijas, Claudia y Rosa ,



siendo sustituidas por sus respectivas descendencias. Es voluntad de la testadora que en el caso de que su hija Rosa falleciere sin descendencia, los bienes que no hubiera dispuesto pasen a su otra hija Claudia o a sus descendientes, por lo que nombra a ésta heredera fideicomisaria de residuo.

\* La mencionada D<sup>a</sup> Rosa permaneció soltera, D<sup>a</sup> Claudia contrajo matrimonio con D. Mauricio , de cuyo matrimonio nacieron siete hijos: Catalina , Amelia , Julia , María Cristina , Laura , Marí Luz y Catalina . Ambas viven al tiempo de interposición de la demanda y han sido demandadas.

\* El mencionado D. Mauricio , falleció en 1984, con testamento abierto otorgado en Bailén, en fecha 2 de julio de 1964, cuyo contenido patrimonial es el siguiente:

Lega a su esposa Claudia el tercio de libre disposición de todos sus bienes, derechos, acciones y negocios, siendo su voluntad que para pago de este legado, se le adjudique en usufructo vitalicio la totalidad de la herencia. Instituye por únicos y universales herederos por partes iguales, a sus siete nombrados hijos, que serán sustituidos por sus respectivos descendientes o se dará el derecho de acrecer entre los mismos.

\* Su hija, D<sup>a</sup> Catalina falleció, en 1991, intestada y sin descendencia. En fecha 26 de agosto de 1994 se otorgó escritura de aceptación de la herencia de D. Mauricio , sin hacer la partición de los bienes, por los herederos, D<sup>a</sup> Amelia , D<sup>a</sup> Julia , D<sup>a</sup> María Cristina , D<sup>a</sup> Laura .

\* En Jaén y en fecha 24 de febrero de 1993 se otorgó escritura de préstamo de Caja Rural de Jaén como prestamista a D. Luis Carlos y su esposa D<sup>a</sup> Leticia , como prestatarios, constituyéndose hipoteca por D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia sobre dos fincas registrales que habían formado parte del caudal relicto de su madre D<sup>a</sup> Magdalena .

\* Asimismo, en Bailén y en fecha 31 de enero de 1992 se otorgó escritura de préstamo de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, como prestamista, a los esposos D. Luis Carlos y D<sup>a</sup> Leticia , como prestatarios, constituyéndose hipoteca por D<sup>a</sup> Rosa sobre otra finca registral procedente de la herencia de su madre D<sup>a</sup> Magdalena .

\* La primera de las mencionadas hipotecas, fue ejecutada por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente. La segunda se mantiene, al tiempo de formularse la demanda.

SEGUNDO.- La situación jurídica debe analizarse partiendo de las pretensiones de la demanda. Esta fue interpuesta por D<sup>a</sup> Celestina , titular del derecho de habitación, aunque no se pretende nada en su interés, y por las hermanas D<sup>a</sup> Amelia , Julia , María Cristina y Laura (esta última recurrente en casación) en cuyo largo suplico hay dos pretensiones principales, siendo las demás, secundarias: son, primera, la de nulidad de la aceptación y partición y adjudicación de herencia de D<sup>a</sup> Magdalena por D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia (estas dos últimas, demandadas), plasmada en la escritura de 14 de enero de 1988, "por incluir bienes de los que la causante no era dueña y, además, haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión" (así se expresa en el suplico de la demanda, literalmente) y, segunda, la de nulidad de los negocios jurídicos de constitución de las hipotecas, en garantía de los préstamos concedidos por la Caja Rural de Jaén y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ambas demandadas en la instancia y partes recurridas en casación. Ambas pretensiones se apoyan esencialmente en otra, consistente en la declaración de validez de unos pactos por los que las fincas que fueron hipotecadas no formaban el caudal relicto de D<sup>a</sup> Magdalena , y de unos convenios y adjudicaciones de tales fincas, en nuda propiedad, a favor de las hermanas demandantes mencionadas. Tales pactos y convenios han sido expresamente declarados como no probados por las sentencias de instancia, que han razonado con detalle tal declaración.

La sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 de Linares, de 26 de diciembre de 1995, desestimó esencialmente la demanda, acogiendo pretensiones secundarias relativas a la interrogatio in iure que contempla el artículo 1005 del Código civil. Cuya sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de julio de 1996. Contra ésta, la demandante D<sup>a</sup> Laura ha formulado el presente recurso de casación, articulado en trece motivos.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los motivos, procede hacer sendos pronunciamientos jurídicos sobre las dos cuestiones que se han apuntado:

\* La primera, la aceptación, partición y adjudicación de bienes de la herencia de D<sup>a</sup> Magdalena , otorgada en escritura pública de 14 de enero de 1998, por las herederas, sus hijas D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia , ambas demandadas, y la legataria del derecho de habitación, su hijastra D<sup>a</sup> Celestina , codemandante, cuya nulidad se pretende. Hay que tener en cuenta que esta escritura es la base jurídica de las hipotecas cuya nulidad también se pretende. Tales negocios jurídicos son válidos, porque no se ha probado acto jurídico alguno que diera lugar a la adquisición por parte de D. Mauricio yerno de aquella causante y esposo de D<sup>a</sup> Claudia de sendas fincas que constan en la partición y adjudicación del patrimonio hereditario; por tanto, no se puede





mantener que incluyeran bienes que no formaban parte del caudal relicto. Tampoco se ha infringido -como se mantiene en la demanda- el testamento en que se basa dicha aceptación, partición y adjudicación; en él se establece un fideicomiso de residuo que, como interpreta la sentencia de instancia, comprende todo el patrimonio hereditario que adquiere la coheredera D<sup>a</sup> Rosa , pese a que ha querido aclarar que no comprende la finca objeto de mejora, lo cual carece de trascendencia jurídica, a los efectos de este proceso.

\* La segunda, los dos negocios jurídicos de constitución de sendas hipotecas sobre fincas procedentes de la herencia de D<sup>a</sup> Magdalena , que fueron constituidas por D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia . La validez de ambos negocios deriva de que la constituyente, en ambas hipotecas, en garantía de deuda ajena, lo fue D<sup>a</sup> Rosa , fiduciaria en fideicomiso de residuo; éste es el fideicomiso (rectius, sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición inter vivos (si incluye también a disposición mortis causa se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario. En el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente (así está conforme toda la doctrina y reconoce la sentencia de 22 de julio de 1994 recogiendo jurisprudencia anterior). Pero, por otra parte, el fiduciario no es que tenga prohibidos los actos de disposición -que no los tiene- sino que la eficacia de los mismos penderá de si, por cumplirse la condición o al llegar el término, el patrimonio fideicomitado pasa al fideicomisario y éste puede impugnar aquella eficacia. En el momento de la demanda, la fiduciaria vive y el fideicomiso no se ha purificado, es decir, no se ha producido la muerte de la fiduciaria sin descendencia (sine liberis decesserit) y no se puede hablar de ineficacia (no es nulidad) del acto de disposición que ha realizado la fiduciaria, antes de cumplirse la condición. Esta confusión se mantiene a lo largo de la demanda, donde se llega a afirmar (página 9 de la misma) que el acto dispositivo de la fiduciaria D<sup>a</sup> Claudia "lesiona los derechos hereditarios de los restantes herederos" y es claro que no se puede hablar de derecho hereditario alguno respecto a una persona que está viva.

TERCERO.- De los trece motivos que integran el recurso de casación, procede analizar en primer lugar aquéllos que se fundan en el nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Los cuatro primeros plantean la misma cuestión, que es la falta de práctica de medios de prueba que habían sido declarados pertinentes: reconocimiento judicial (el primero, que alega infracción del artículo 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pericial (el segundo, por infracción de los artículos 578, 610 y 626 a 632 de la misma ley), documental (el tercero, infracción de los artículos 596,4º y 597,4º) y testifical (el cuarto, infracción del artículo 578 en relación con el 646). Estos motivos se desestiman, en primer lugar, porque a la vista de las actuaciones y de las resoluciones dictadas, no aparece -ni se alega siquiera- el interés que pudieran tener para resolver las cuestiones planteadas, por lo cual, mal puede pensarse en que la no práctica de tales medios de prueba, pudiera haber dado lugar a la indefensión, esencial para admitir estos motivos de casación, por lo que, precisamente, el Ministerio Fiscal ha interesado en su dictamen la inadmisión. En segundo lugar, se desestiman porque la transgresión que se alega, hecha en primera instancia, no aparece que se haya reproducido en segunda, como así exige el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo noveno denuncia infracción de los artículos 359 y 372,3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 120.3 de la Constitución Española. En su desarrollo se hace referencia a cuestiones de fondo relativas a la aceptación, partición y adjudicación de bienes hereditarios otorgada en escritura pública por las codemandadas D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia pero no se plantea cuestión alguna sobre incongruencia ( artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre la forma de la sentencia ( artículo 372.2º de la misma ley y 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ni, mucho menos, sobre la motivación de la misma ( artículo 120.3 de la Constitución Española), por lo que el motivo debe ser desestimado.

También se fundamenta en el nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo séptimo, pero no tiene sentido porque se integran entre los motivos sexto y octavo que se refieren, los tres, a un tema de fondo relativo a la accesión invertida. No se expresa en qué sentido o en qué forma se han infringido normas procesales, por más que se enumeren las mismas normas que se denuncian como infringidas en el motivo noveno.

CUARTO.- Se examinan a continuación los motivos sexto y octavo, pues ambos, fundamentados en el nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a una cuestión ajena al planteamiento de la litis. Alegan infracción del artículo 361 del Código civil (motivo sexto) y de la jurisprudencia (motivo octavo) acerca de la accesión invertida; se basan en el hecho de que el padre de las hermanas demandantes D<sup>a</sup> Amelia , Julia , María Cristina y Laura ) D. Mauricio , fallecido en 1984, había construido edificaciones en la finca de D<sup>a</sup> Magdalena , que luego ésta transmitió mortis causa a sus hijas D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia , esta última esposa de aquél y madre de aquéllas.



Ambos motivos se desestiman. Ante todo, por la confusión que aparece en el desarrollo del motivo sobre el concepto de accesión invertida: ésta se produce sólo en casos de construcción extralimitada, en que el dueño de un terreno construye en él, pero invade parcialmente el terreno limítrofe; la construcción queda en parte en terreno propio y en menor parte en terreno ajeno; no estando contemplada por el Código civil la ha resuelto la jurisprudencia según el que se ha extralimitado en la construcción haya actuado de buena o de mala fe, desde la primera sentencia de 30 de junio de 1923 hasta las numerosas que se han dictado en los tiempos actuales, como las de 27 de enero de 2000 y 15 de marzo de 2000. No es éste el caso presente: D. Mauricio no se extralimitó, sino que construyó en suelo ajeno, de la madre de su esposa y se aplica el principio superficies solo cedit que consagra el artículo 358 del Código civil: Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes; uno de cuyos artículos siguientes es el 361 que contempla la construcción en suelo ajeno con materiales propios, de buena fe y concede al propietario del suelo una opción que nunca se ha planteado en el presente caso y en este proceso.

Lo cual enlaza con otra razón para la desestimación de ambos motivos: se trata de una cuestión nueva; en la demanda no se menciona como hecho y como fundamento de derecho se cita, sin más, el artículo 360 del Código civil que nada tiene que ver; en el resumen de pruebas se hace una mención, simplemente, sin más, a la accesión. Lo que está claro es que no se plantea como causa petendi ni se incluye en el suplico de la demanda. Y, como cuestión nueva, que se alega y razona por primera vez en casación, no cabe admitirse: tal como ha dicho las sentencias de 14 de junio de 2000, 4 de diciembre de 2000, 15 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, el plantear en casación una cuestión nueva atenta al derecho de tutela judicial efectiva de la otra parte, que no puede emplear medios de defensa y, reiteradamente, esta Sala lo ha proscrito.

QUINTO.- De las dos cuestiones jurídicas esenciales en el presente proceso y que en líneas anteriores se han distinguido, la primera es relativa a la validez del negocio jurídico de aceptación de la herencia de D<sup>a</sup> Magdalena y a la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, otorgada en escritura pública por sus hijas D<sup>a</sup> Rosa , heredera fiduciaria y D<sup>a</sup> Claudia , heredera fideicomisaria y heredera pura, y por su hijastra, D<sup>a</sup> Celestina , legataria de derecho real de habitación, en fecha 14 de enero de 1988.

Se ha mantenido en la demanda que no era válido por incluir bienes de los que la causante no era dueña y por haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión. Ambos argumentos han sido rechazados por la sentencia de instancia, que ha desestimado la pretensión que se hacía en la demanda de nulidad de la escritura (rectius, de ineficacia del negocio jurídico plasmado en la escritura). En los motivos quinto y décimo se reproducen ambos argumentos para insistir en la ineficacia de aquel negocio jurídico; los dos motivos se fundamentan en el n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ambos deben desestimarse.

El motivo quinto alega la primera subcuestión: la ineficacia del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación por incluir bienes de los que la causante no era dueña, ya que había mediado anteriormente (no se menciona fecha alguna) un pacto verbal de transmisión de aquella causante D<sup>a</sup> Magdalena a su yerno D. Mauricio . Pero sobre este pacto verbal, la sentencia de instancia ha declarado expresamente que "no hay prueba en este procedimiento del dominio que se postula"; reconoce dicha sentencia que hubo algún pacto, pero que carece de eficacia transmisiva de la propiedad al no reflejarse documentalmente, no dar lugar a su inscripción en el Registro de la Propiedad y no provocar la modificación del testamento. Es decir, no fue un acto dispositivo, del que no alega su naturaleza: si fue donación, no se cumplió el elemento de forma que exige el artículo 633 del Código civil; si fue a título oneroso, no aparece ni se vislumbra la reciprocidad de prestaciones. Fue, tal como se desprende de la relación fáctica de la sentencia, que se recoge en este motivo del recurso, una expresión a la que no quisieron dar efectos jurídicos, o en otras palabras, un acuerdo que las partes no elevaron a acto dispositivo con trascendencia jurídica. Por tanto, no se da infracción alguna del artículo 1278 del Código civil como se dice en el recurso.

El motivo décimo se refiere a la segunda subcuestión: la ineficacia del mismo negocio jurídico por infracción del testamento en que se basa tal negocio. Ciertamente, el testamento es la ley de la sucesión y el testador el soberano de la misma, por lo que es esencial la correcta interpretación del mismo, tal como contempla el artículo 675 del Código civil, pero este artículo no ha sido infringido por la sentencia de instancia y el motivo se desestima. En aquel negocio jurídico, las herederas hacen una "aclaración al testamento" y entienden que el fideicomiso de residuo impuesto a D<sup>a</sup> Rosa no comprende el prelegado constitutivo de mejora. La parte recurrente -demandante en su día- impugna dicha "aclaración" y la sentencia recurrida así lo hace y declara explícitamente que "el fideicomiso de residuo constituido, no lo era solo en los bienes de libre disposición, sino que abarcaba también a la mejora". No se entiende, pues, que se alegue que la sentencia de instancia ha infringido aquella norma. Distinto es el tema que dicha "aclaración" en nada influye, carece de trascendencia



jurídica por razón de los demás argumentos que han hecho desestimar la demanda respecto a esta cuestión de la validez del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación de herencia.

SEXTO.- La segunda cuestión esencial que se ha planteado en la litis es la validez y eficacia de las hipotecas que constituyeron D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup> Claudia para garantizar deudas ajenas. Desestimada la demanda en este extremo, se examinan el resto de los motivos que al mismo se refieren, todos ellos fundados en el n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el motivo undécimo se denuncia la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria que proclama el principio de legitimación registral, como expresión de la presunción de exactitud registral, a favor del titular inscrito. Por más que en el desarrollo del motivo se hacen consideraciones sobre la situación fáctica de las fincas hipotecadas, a la que no alcanza aquel principio y aquella presunción, dicha norma no juega en el presente caso a favor de la parte recurrente, sino a favor de las codemandadas mencionadas, herederas que eran las titulares registrales de las fincas que hipotecaron y, precisamente, por el principio de legitimación registral, combinado con el de tracto sucesivo, se pudieron constituir hipotecas, inscritas en el Registro de la Propiedad.

El motivo duodécimo, también fundado en el n<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de la jurisprudencia acerca del poder de disposición del fiduciario de residuo. Tiene razón la parte recurrente en que no comprende los actos de disposición a título gratuito, si no lo ha previsto explícitamente el fideicomitente; no tiene razón en lo que a las consecuencias se refiere y por ello se desestima el motivo. La consecuencia que pretende la parte recurrente es la declaración de nulidad (rectius, ineficacia) de los negocios jurídicos de las hipotecas, en la parte que alcanza a bienes fideicomitidos. El fideicomiso de autos es de residuo y sine liberis decesserit, por lo cual pende de la condición de que la fiduciaria fallezca, y fallezca sin hijos; mientras no ocurra esta doble situación, con naturaleza de condición, es la titular de los bienes y, como tal, puede disponer de los mismos. Otra cosa sería que, una vez purificado el fideicomiso, la fideicomisaria y, como tal adquirente ejercitara -si procede- acción para reclamar la adquisición del patrimonio fideicometido libre de cargas posteriores al momento del fideicomiso, lo que coincide con el momento de la apertura de la sucesión -muerte- de la fideicomitente D<sup>a</sup> Magdalena .

Por último, el motivo décimo tercero se desestima por no citar qué norma se reputa infringida, incumpliendo así lo que ordena el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que da lugar a la inadmisión, según el artículo 1710.1.2<sup>o</sup> de la misma ley, inadmisión que deviene en este momento procesal, causa de desestimación. Aunque es bien cierto que lo que se expresa en el motivo ha sido tratado al analizar el motivo anterior.

Así pues, quedan desestimados todos los motivos del recurso de casación, por lo que debe declararse no haber lugar al mismo, con imposición de costas y pérdida del depósito, tal como ordena el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Laura , respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, en fecha 15 de julio de 1.996, que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dicha parte recurrente al pago de las costas, así como a la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- JOSE ALMAGRO NOSETE.-ANTONIO GULLON BALLESTEROS .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.