

Roj: **STS 822/1998 - ECLI:ES:TS:1998:822**Id Cendoj: **28079110011998101300**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/02/1998**Nº de Recurso: **340/1994**Nº de Resolución: **82/1998**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Sexta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Pola de Laviana, sobre petición de herencia, cuyo recurso fue interpuesto por Don Sergio representado por el procurador de los tribunales Don Antonio Roncero Martínez, en el que son recurridos Don Carlos, Don Eduardo y Doña Rebeca representados por el procurador de los tribunales Don Eduardo Jesús Sánchez Álvarez y Don Lucio y Doña Carla representados por la procuradora de los tribunales Doña Montserrat Rodríguez Rodríguez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Pola de Laviana, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Don Sergio contra Don Bernardo, Doña Diana, herederos de Doña Nuria, Carmen y Estefanía, herederos legítimos de Laura, Isabel, Don Lucio, Doña Carla, Don Jose Antonio, Doña Rosa, Doña Victoria y contra las personas desconocidas que pudieran tener intereses legítimos en el procedimiento, sobre petición de herencia.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se declarase que en virtud de la cláusula séptima del testamento ológrafo de Don Imanol, corresponde a los herederos y a la vez descendientes legítimos, en virtud de matrimonio canónico de los herederos testamentarios de Don Imanol, instituidos pura y simplemente, el pleno dominio de los bienes y derechos reales, asignados en usufructo vitalicio a Don Joaquín, en escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de León Don Tomás Fernández García Figar el día 29 de agosto de 1940.

Admitida a trámite la demanda los demandados personados, Doña Diana, Doña Victoria y Doña Rosa, Don Carlos, Don Eduardo y Doña Rebeca, Don Lucio y Doña Carla, contestaron alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimaron oportunos y terminaron suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando las pretensiones del actor.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que debo estimar y estimo la excepción de falta de jurisdicción y en su consecuencia debo absolver y absuelvo, sin entrar en el fondo, a Don Bernardo y a Doña Araceli, a Doña Isabel, a los herederos de Doña Laura, Doña Nuria y Doña Valentina, Doña Carmen y Doña Estefanía, Don Lucio, Doña Carla, Don Jose Antonio, Doña Rosa y Doña Victoria, de todas las pretensiones deducidas con la demanda de Don Sergio, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a este último".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de



1993, cuyo fallo es como sigue: "Se desestima en cuanto al fondo el recurso de apelación interpuesto por el demandante Excmo. Sr. Don Sergio contra la sentencia dictada en autos de juicio civil de menor cuantía, que con el número 598/87 se tramitaron ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Pola de Laviana. Sentencia que se revoca. Con desestimación de las excepciones de falta de competencia territorial, litispendencia, defecto en el modo de interponer la demanda y litisconsorcio pasivo necesario, formuladas por los demandados personados en los presentes autos, Doña Diana , Victoria y Rosa , Carlos , Eduardo y Rebeca , Lucio , Carla y Carmen ; debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por dicho recurrente, al que se le imponen las costas procesales causadas en ambas instancias".

TERCERO.- El procurador Don Antonio Roncero Martínez, en representación de Don Sergio , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del nº 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incidir la sentencia recurrida en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, infringiendo el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma reguladora de la sentencia, en relación con el artículo 24-1 de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido la sentencia recurrida el segundo párrafo del artículo 1.218 del Código civil, el primero del artículo 1.257 de la misma Ley, el artículo 1.058 del Código civil y las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990 y 20 de octubre de 1992.

Tercero.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido la sentencia recurrida el artículo 659 del Código civil y los principios generales de derecho "nemo dat quod non habet" y "nemo plus iuris transfert quam habet", reconocidos, en desarrollo del citado artículo 659 del Código civil por las sentencias de este Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1974 y 4 de diciembre de 1975, 5 de junio de 1985, 13 de septiembre y 7 y 16 de diciembre de 1988, 3 de junio de 1989, 11 de junio de 1990 y 18 de marzo de 1991, ente otras muchas.

Cuarto.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido la sentencia recurrida los artículos 921, 924 y 948 del Código civil.

Quinto.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido la sentencia recurrida el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sexto.- Al amparo del nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido la sentencia recurrida los artículos 787 y 790 del Código civil, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que los interpreta, representada, entre otras, por las sentencias de 20 de octubre de 1954, 17 de abril de 1956, 4 de febrero de 1970, 14 de mayo de 1975, etc.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, los procuradores Sr. Sánchez Alvarez en nombre de Don Carlos , Don Eduardo y Doña Rebeca y Srª Rodríguez Rodríguez en nombre de Don Lucio y Doña Carla , presenta escritos con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de enero de 1998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada "acción" de petición de herencia, por un biznieto del testador que, a causa de la interpretación de una cláusula testamentaria, origina el debate jurídico, no cabe que, según lo consignado en el primer motivo del recurso se tache la sentencia de incongruente ( artículo 1.692-3º de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24-1 de la Constitución Española) por haber desestimado la demanda, al entender que se ha producido una alteración de la "causa petendi". Es cierto que, aunque, por regla general, las sentencias absolutorias no incurren en incongruencia ( sentencias del Tribunal Supremo de 1º de diciembre de 1995 y 18 de enero de 1991 entre otras), ni el juzgador, ni las partes pueden alterar la "causa de pedir" o acontecimiento histórico que sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, pretensión, que, en lo principal, determina el objeto del proceso, no obstante su definitiva configuración corresponda al órgano judicial que ha de tener en cuenta, para ello, las alegaciones de todas las partes y, por tanto, los elementos fácticos, jurídicos y peticiones que introduzcan no sólo el actor, sino también los demandados. Por ello, no se pueden confundir los límites que impone la "causa petendi", con los demás elementos de decisión que se introducen en el asunto, una vez formulada la demanda, ni la compatibilidad de la congruencia con el principio "iura novit curiae" puesto que los órganos judiciales, en razón de oficio, no



tienen que ajustar los razonamientos que motivan la respuesta judicial a las alegaciones de carácter jurídico que aduzcan las partes, por lo que pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos. Así la jurisprudencia sostiene, que no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo según el resultado de las pruebas. La congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, nunca la literal sumisión del fallo a aquellas, y así el principio "iura novit curiae" autoriza al juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio "da mihi factum, ego dabo tibi ius" (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1996, entre otras). En el caso que se examina, la afirmación que realiza la sentencia impugnada acerca de que los "nietos pretenden tener derechos sucesorios en la herencia "ab intestada" de su tío abuelo Don Joaquín " no significa alteración de la "causa petendi", sino disconformidad o falta de aceptación de los razonamientos jurídicos que utiliza el actor al considerar que unos pretendidos derechos hereditarios dimanaban directamente del testamento de su bisabuelo. Se compartan o no los argumentos jurídicos de la sentencia recurrida, no cabe que se dude de la coherencia de la respuesta judicial, puesto que no hay incongruencia, cuando, como ocurre en el caso presente, no se otorga la razón al actor, por razones jurídicas que difieren de las sustentadas por el mismo, en materia, además, sumamente vidiosa y elástica, desde una perspectiva doctrinal, por cuanto se refiere a las atribuciones de las titularidades del usufructo y de la nuda propiedad, hasta la plena consolidación de esta, sobre cuestiones en las que se involucran la sucesión testamentaria con la de uno de los hijos, favorecido por la misma, que, además, falleció intestado sin descendencia, condición (los descendientes), como se verá, impuesta por el causante para la adquisición de los bienes. Por tanto, la sentencia es congruente y debe sucumbir el motivo.

SEGUNDO.- El segundo motivo ( artículo 1.692-4º) denuncia la infracción del segundo párrafo del artículo 1.218 del Código civil, el primero del artículo 1.257 de la misma Ley, el artículo 1.058 del Código civil y las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990 y 20 de octubre de 1992, entre otras muchas, que concretan - dice- los efectos de los artículos citados, en relación con los cuadernos particionales otorgados en escritura pública. Mas tampoco este motivo puede prosperar, puesto que tras su planteamiento subyace la cuestión jurídica a resolver que no es factible decidir, exclusivamente, en función de lo que diga el cuaderno particional, obviamente, concorde con el testamento en la atribución que efectúa, en razón de lo dispuesto en su cláusula séptima, de los bienes en ella mencionados, que se adjudican, en estas operaciones, "solamente" en usufructo vitalicio, por partes iguales, a cada uno de los ocho hijos y a la nieta. Y, ello, porque el verdadero problema no procede de la atribución del usufructo vitalicio a unos determinados herederos, sino de la disposición que manda que el pleno dominio de los referidos bienes pase a los posibles descendientes de estos en las condiciones que indica. En estos supuestos en los que nada se dice sobre el destino de la "nuda propiedad" de los bienes del testador durante la vida del usufructuario, con los problemas que se derivan de esta nuda propiedad "fantasma", la doctrina, que habla del llamado "seudusufructo testamentario", se ha planteado numerosas cuestiones que van desde la cualidad del usufructuario vitalicio, considerado por algunos autores como un heredero fiduciario, pasando por varias hipótesis sobre la adjudicación de la nuda propiedad (al mismo usufructuario, a las personas llamadas a la consolidación plena del dominio, a los herederos abintestato del causante) hasta la extensión y alcance del llamamiento en favor de los "nondum concepti".

TERCERO.- En efecto, la discutida cláusula litigiosa séptima del testamento, y con ello entramos en el estudio del tercero de los motivos, formulado bajo el nº 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción del artículo 659 del Código civil, es del tenor literal siguiente: "los bienes que constituyen el tercio de mi libre disposición, más los de la cuota vidual, cuando ella (su esposa) muera, y todo el resto del tercio de mejora, se adjudicarán solamente en usufructo vitalicio, por partes iguales, "in stirpes", a mis hijos y descendientes legítimos de hijos fallecidos (esto es, a los nueve citados en la cláusula cuarta), pasando todo el pleno dominio de los referidos bienes únicamente a los herederos "in stirpes" de los usufructuarios citados que sean descendientes de ellos en virtud de matrimonio canónico, entre los cuales herederos se repartirán dichos bienes a partes iguales, "in stirpes", según queda dicho". Tal disposición testamentaria, clara respecto de la adjudicación del usufructo vitalicio, necesita de una interpretación mas compleja en cuanto a la atribución del pleno dominio y consecuencias derivadas. La expresión "solamente en usufructo vitalicio" que emplea el testador, descarta, según entiende esta Sala, no obstante, lo que apunta la sentencia recurrida, que estemos en presencia de un sustitución fideicomisaria encubierta. En este orden conviene que se recuerde, a efectos de ilustración, el apartado 3 de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1986: "los estudios doctrinales realizados acerca de lo que se conoce con el nombre de "pseudo usufructo testamentario" que encarna una auténtica sustitución fideicomisaria han contribuido a deslindar los campos en que se mueven una y otra institución (usufructo y sustitución) así como originado un gran avance en la diferenciación o identificación entre ambas figuras. Pero ello no supone que siempre que se esté ante un usufructo testamentario haya que identificarlo con una sustitución fideicomisaria, cualquiera que puedan



ser las analogías que medien entre ambas instituciones, y aunque muchas veces, en la práctica, sea difícil diferenciarlas, siempre resultará que en el usufructo el titular tiene un "jus in re aliena", con su régimen peculiar, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, con la obligación de conservarlos y con sujeción a un régimen distinto del de usufructuario y, además, porque el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda-propiedad no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho".

CUARTO.- Eliminada, por tanto, la hipótesis de una sustitución fideicomisaria nos hallamos en lo que concierne a los descendientes llamados a la herencia, luego de haber hecho mención de los usufructuarios, de una institución de herederos hecha en favor de los "nondum concepti", conforme admite nuestra jurisprudencia que recoge la doctrina científica que no ve obstáculo alguno en que el "concepturus" sea declarado heredero, no ya sólo por la vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución ( sentencias de 28 de noviembre de 1986; y otras, de 25 de abril de 1963, 3 de abril de 1965 y 4 de febrero de 1970). Así, pues, frente al criterio prohibitivo del Derecho romano y, en general, del Derecho Civil europeo más afín, un sector importante de la doctrina civilística y la jurisprudencia de esta Sala, con argumentos que se extraen del propio Código civil, sostienen que es válido el citado "llamamiento", no obstante, haya de exigirse como tal institución de herederos sometida a condición, que éstos sujetos, expectantes deban existir (y ser capaces para suceder) en el momento del fallecimiento del usufructuario que es el momento en que se produce la delación respecto del mismo. En el caso, el "llamamiento" a los descendientes de los usufructuarios se refiere "únicamente" (como con adverbio modal matiza la cláusula) a los herederos "in stirpe" de los mencionados usufructuarios "entre los cuales herederos se repartirán dichos bienes a partes iguales "in stirpe", según remarca, finalmente, el texto de la disposición. Esta referencia a los herederos "in stirpes", significa, conforme resulta más concorde con la voluntad testamentaria, según las palabras del testamento, que los bienes en cuestión se dividen en las nueve partes que se adjudican en usufructo a los ocho hijos y nieta, hija del primogénito, como herederos instituidos por el testador. Pero cada una de estas partes constituyen un "totum", independiente e incommunicable con el resto de los bienes usufructuados por lo demás, cuota representativa de los bienes que, en mayor o menor cantidad, según el número de descendientes, (herederos "in stirpes" de los usufructuarios respectivos) correspondan a todos ellos por partes iguales. Se cierra, por tanto, cualquier comunicación vía testamentaria, entre los descendientes, hijos de cada usufructuario, de manera, que bien puede decirse, con la sentencia recurrida, que "tal cláusula testamentaria no establecía mecanismo alguno para el caso de que cualquiera de los usufructuarios falleciera sin stirpe, esto es, sin descendientes que fue lo que ocurrió con el citado Don Joaquín ". Mas de este postulado no se sigue, necesariamente, que al fallecimiento del usufructuario, sin testamento, hayan de incluirse dentro de la sucesión intestada de este los bienes usufructuados (ya hemos dicho que no hay sustitución fideicomisaria) sino que (con ello se difiere de la sentencia impugnada), por imprevisión del testador, ha de estarse al complementario mecanismo de apertura de la sucesión intestada del "de cuius" para distribuir entre los que resultan ser sus herederos legales el dominio pleno de los bienes usufructuados. En este sentido, es cierto que, efectivamente, el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo ("nemo plus iuris transfert quam habet", "nemo dat quod non habet") tiene una plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 689 del Código civil que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte ( sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988, 18 de marzo de 1991, y 22 de febrero de 1997 entre otras). Pero la solución jurídica que propugna el motivo no es posible aceptarla puesto que supone que la muerte del usufructuario sin hijos, produce la delación testamentaria en favor de los descendientes en quien se cumplan las condiciones impuestas por el testador, siendo así que al no existir estos en la línea del dicho usufructuario lo que procede es abrir la sucesión intestada del testador imprevisor. Por ello decae el motivo.

QUINTO.- El motivo cuarto ( artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia la infracción de los artículos 921, 924 y 948 del Código civil, acerca del derecho de representación. La sentencia recurrida, establece que "en el presente caso, fallecido Don Joaquín , solamente podría ostentar el derecho de "representado" su sobrina Doña Regina , toda vez que el de representante le correspondería a su padre Don Matías , hermano del citado causante Don Joaquín . Y como quiera que dicha representante Doña Regina no existía al tiempo de la muerte del citado causante (la de éste ocurrió el 1 de abril de 1976 y la de aquélla el 16 de septiembre de 1969) es claro que no podía aceptar expresa ni tácitamente la referida herencia y, en consecuencia, tampoco podía transmitir ningún derecho que no tenía, como se deduce del artículo 766; aceptación que es otro de los requisitos que se exigen para que pueda darse el derecho de representación. Por eso no pueden sus hijos, los hoy actores, pretender tener derecho alguno en la herencia de su tío-abuelo, al quedar fuera del orden sucesorio por existir parientes de mejor grado. Así lo entendió unánime jurisprudencia en sentencias, entre otras, de 1 de marzo de 1902 y 5 de julio de 1956, y la propia Dirección General de los Registros en resolución de 28 de julio de 1978". La sentencia, como se ve, aparte la confusión que genera con el empleo de los términos "representante" y "representado", se sostiene sobre una hipótesis ya rechazada: la



herencia cuya sucesión abintestato toma en consideración es la del fallecido usufructuario Don Joaquín , tío abuelo del peticionario de herencia. Desde el citado punto de vista la conclusión a que llega es correcta, pues, el "derecho de representación" en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermano, esto es, incluye a los sobrinos "ex fratre", pero no a los sobrinos-nietos ( sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1966), pero al ser errónea la premisa en que se funda, también, es equivocada la consecuencia. En cambio, si como se ha venido sosteniendo, la sucesión corresponde al abintestato parcial de la herencia del bisabuelo Don Imanol , en cuanto que el testamento que otorgó no preveía el destino de la cuota atribuida en usufructo cuyo pleno dominio se consolidaba por estirpes en los descendientes de cada uno, caso de que estos -como ocurrió con Don Joaquín -, no existieran, como quiera que, al tiempo del fallecimiento del verdadero causante, Don Imanol , existía su nieta Regina , hija de su primogénito ya fallecido y heredera forzosa por su padre fallecido, esta sí tenía derecho de representación, como descendiente del hijo heredero forzoso del causante, que había premuerto al mismo ( artículo 925 del Código civil). Con esta interpretación diferente de la que se propugna por el recurrente no puede acogerse el motivo, en atención a los pedimentos de la demanda.

SEXTO.- El motivo quinto ( artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) considera infringido el artículo 675 del Código civil. Plantea, por tanto, cuestiones acerca de la interpretación del testamento sobre cuyo contenido y, en especial, sobre su cláusula séptima se razona, en el conjunto de la fundamentación de esta sentencia. Es cierto, -frente a lo establecido por la sentencia recurrida-, y ya se ha dicho, que es la herencia de Don Imanol y no la de su hijo Don Joaquín , la que, en la proporción correspondiente a los bienes usufructuados, está en juego. Pero no es cierto, como pretende el actor, que el testamento estableciera mecanismo alguno para el caso de que cualquiera de los usufructuarios falleciera sin estirpes. Según la interpretación que realiza el recurrente -y que esta Sala no comparte- la herencia no ha de dividirse en cuotas ideales a las que pueden concurrir solamente los descendientes de un particular usufructuario, sino estableciendo un sólo caudal que ha de dividirse entre todos los herederos sujetos a condición, a partes iguales, con el correspondiente derecho de acrecer. "De esta forma, -dice- no sólo ya ha previsto lo que sucede cuando no hay descendientes de los usufructuarios, sino, también, cuando habiéndolos no reúnen la triple condición. En ambos casos, no tendrán derecho a ingresar en la comunidad de herederos instituidos bajo condición. El testador ha instituido así un usufructo con una mecánica similar a la del fideicomiso "si sine liberis decesserit". Empero, estos razonamientos desconocen, además, el alcance del derecho de acrecer, puesto que el artículo 982 del Código civil exige, como primer requisito cumulativo "que dos o mas sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes", y, aún cuando, la frase "por partes iguales" no excluya el derecho de acrecer ( artículo 983, del Código civil, párrafo segundo), en el caso que tratamos, las porciones se individualizan "in stirpe", según reitera el testador, con lo que la idea de un caudal común respecto de un llamamiento conjunto a los descendientes de los hijos usufructuarios desaparece. Distinto es el caso de la testadora que al llamar al usufructo de los bienes inmuebles de su herencia a los hijos de su sobrina, lo hizo, no constituyendo tantos usufructos distintos o independientes como fuesen los hijos de esta sino un sólo usufructo para todos ellos conjuntamente y por partes iguales, por lo que resulta llana la aplicación del derecho de acrecer ( sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1976). A "sensu contrario", el asunto que se examina conduce a una conclusión negatoria del referido derecho. Por ello el motivo se rechaza en relación con la interpretación que propugna el recurrente, diferente de la que se explicita respecto de la naturaleza de la herencia.

SEPTIMO.- El sexto y último motivo ( artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aduce la infracción de los artículos 787 y 790 del Código civil) y jurisprudencia aplicable, con el designio -según explica- de que el desarrollo del mismo enseñe los fundamentos de derecho que la sentencia impugnada debió tener en cuenta y, sin embargo, no aplicó, para resolver el pleito. Ninguna duda, cabe, desdeluego, acerca de que la institución de heredero bajo condición sea válida conforme al artículo 790 del Código civil y que, también, sea válida la disposición testamentaria en que el testador deja a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo ( artículo 787 del Código civil). Mas no se acepta, en relación con la interpretación de la cláusula testamentaria litigiosa, que la triple condición impuesta por el testador, consista, como primera exigencia, en ser hijo matrimonial de uno de los usufructuarios, entendiendo que este sea (con los demás requisitos) un llamamiento genérico "de forma que, mientras no haya certeza de que no puede haber más herederos instituidos en pleno dominio; esto es, mientras no fallezcan todos los usufructuarios -que son los que pueden engendrarlos y nombrarles herederos, dando lugar al cumplimiento de la condición- los bienes de la herencia deben conservarse en administración dentro de la comunidad de que son titulares los herederos en quienes se cumplió la condición". Por contra, el llamamiento para la consolidación del dominio en favor de quienes reúnan las condiciones que impone el testamento tiene carácter específico e individualizado, en función de cada uno de los usufructuarios, de modo que al fallecimiento de cada uno se sabe ya si tiene descendientes que, a su vez, cumplan las condiciones del testamento del que trae causa el usufructo, y, que al tiempo, como herederos también del testador, puedan adquirir la propiedad de los bienes, mediante distribución por estirpes, esto es, entre los demás descendientes que cumplan la condición, del usufructuario fallecido. Lo que no previno el



testador, fue que estos descendientes no existieran, como ocurre en el caso que se examina, lo que origina que la solución adecuada no sea otra que la apertura, en la parte alicuota correspondiente al usufructuario fallecido, de la herencia abintestato del testador en cuanto que la disposición sobre tales bienes no estaba ordenada por testamento y no cabe, según se ha razonado, en otro fundamento, el derecho de acrecer. No son óbices a estos razonamientos las cuestiones relativas a la "nuda propiedad", pues (como recogen las sentencias que cita) el usufructo no carece de nuda propiedad correlativa "por el hecho de que inicialmente quede indeterminado el sujeto que ha de detentarla" (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1970), dado que esta "nuda propiedad ha de suponerse implícitamente atribuida bien a los herederos abintestato, bien a aquellas personas que, en su día, adquirieran el pleno dominio de los bienes usufructuados (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de diciembre de 1986) o lo que es lo mismo que "si, designada una persona como titular de un usufructo, no se indicase el titular de la nuda propiedad, por omisión o por condición establecida, ésta lo sería, o quien en aquel momento tuviera causa directa del anterior propietario, o los sujetos a los cuales hubieran de ir a parar los bienes usufructuados para constituir en ellos el dominio pleno" (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956 y 14 de mayo de 1975). Ninguna de estas pautas se altera o modifica, conforme al criterio que establece este fundamento, no coincidente con las consecuencias a que quiere llegar el recurrente respecto de los bienes de un tío-abuelo, adquiridos, por este último, en usufructo de su padre y bisabuelo, respectivamente, ya que a su fallecimiento, sin descendientes, y por tanto, sin haber lugar al cumplimiento de las condiciones de la cláusula testamentaria, el dominio, a falta de previsión testamentaria, corresponde a los herederos abintestato del testador, personas que, en definitiva, han detentado, la nuda propiedad de los bienes. Por tanto, ha de desestimarse el motivo.

OCTAVO.- La desestimación de los motivos, no obstante que los razonamientos jurídicos que resultan de su examen, difieren de los empleados en la sentencia de instancia, tampoco pueden servir de fundamento favorable a la estimación de los pedimentos de la demanda. En consecuencia, procede que se declare no haber lugar al recurso, con imposición de costas, por su carácter preceptivo ( artículo 1.715 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 casación interpuesto por la representación procesal de Don Sergio contra la sentencia de fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y tres dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta, en autos, juicio de menor cuantía número 598/87 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Pola de Laviana por Don Sergio contra Don Bernardo, Doña Diana, herederos de Doña Nuria, Carmen y Estefanía, herederos legítimos de Laura, Isabel, Don Lucio, Doña Carla, Don Jose Antonio, Doña Rosa Doña Victoria y contra las personas desconocidas que pudieran tener intereses legítimos en el procedimiento, con imposición a dicho recurrente de las costas causadas; y líbrese a la mencionada Audiencia la 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 O'CALLAGHAN MUÑOZ.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.