



Roj: **SAP Z 309/2016 - ECLI:ES:APZ:2016:309**

Id Cendoj: **50297370042016100036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **4**

Fecha: **08/02/2016**

Nº de Recurso: **308/2015**

Nº de Resolución: **31/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN IGNACIO MEDRANO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**ZARAGOZA**

SENTENCIA: 00031/2016

R.**308/2015**

**SENTENCIA NÚMERO TREINTA Y UNO**

Ilmos./a Señores/a:

Presidente:

D. Juan Ignacio Medrano Sánchez

Magistrados:

D<sup>a</sup> María Jesús De Gracia Muñoz

D. Rafael M<sup>a</sup> Carnicero Giménez de Azcárate

En la Ciudad de Zaragoza, a ocho de febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los/la Magistrados/a del margen, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 12 DE Junio de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Zaragoza, en autos de Juicio Ordinario, seguidos con el número 156/15, de que dimana el presente Rollo de apelación número 308/15, en el que han sido partes, apelante, la demandada D<sup>a</sup> Felicidad, representada por el Procurador D. Calos Berdejo Gracián, y asistido por el Letrado D. José Luis Artero Felipe, y apelada, la demandante D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Paloma, representada por el Procurador D. Pedro Bañeres Trueba, y asistido por el Letrado D. Rafael López Garbayo, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup>. Instancia Número veintiuno de Zaragoza, se dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2015, cuya parte dispositiva dice: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Pedro Bañeres Trueba, en representación de D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Paloma, contra D<sup>a</sup> Felicidad, representada por el Procurador D. Carlos Berdejo Gracián, debo declarar y declaro: 1.- El derecho hereditario de las actoras, como parientes más próximas de D. Florentino a la mitad de los bienes que quedaran y de los que no hubiera dispuesto D<sup>a</sup> Amalia al tiempo de su fallecimiento por actos "inter vivos", conforme a las disposiciones del testamento otorgado por D. Florentino y D<sup>a</sup> Amalia en fecha 26 de marzo de 1985, ante el Notario de Zaragoza D. Luis Pérez Ordoyo Cillero. 2.- La nulidad del testamento otorgado por D<sup>a</sup> Amalia el 10 de octubre de 2011 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero y la nulidad de la escritura pública de partición y



adjudicación de herencia de D<sup>a</sup> Amalia de 20 de noviembre de 2014 autorizada por el mismo Notario, así como de las inscripciones registrales correspondientes y contradictorias a las antedichas declaraciones, en caso de haberse practicado; así como la nulidad de cualesquiera otras disposiciones testamentarias que D<sup>a</sup> Amalia hubiera podido otorgar y que contravengan el derecho hereditario de las actoras, conforme al testamento de 26 de marzo de 1985. Todo ello con imposición de las costas procesales a la demandada.

**SEGUNDO** .- Contra dicha resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación y cumplidos los trámites correspondientes se remitieron los autos a este Tribunal el día 10 de septiembre de 2015, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para discusión y votación el día 15 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

**TERCERO** .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A) Resumen del Conflicto

**PRIMERO** .- D. Florentino y D<sup>a</sup> Amalia otorgaron ante Notario testamento mancomunado el 26 de marzo de 1985, en el que, en síntesis, 1) ambos testadores se nombraron uno a otro herederos universales, con plena libertad del supérstite para disponer de todos los bienes que herede del otro, 2) se reconocían la potestad de revocar su voluntad testamentaria, tanto en vida como mortis causa, sobre el presupuesto de que el testamento no contiene disposiciones correspectivas, y 3) se instituyó un fideicomiso de residuo de todos los bienes que quedaren y de los que "no haya dispuesto el sobreviviente de ambos", con los que se habrían de formar dos masas con la mitad del haber hereditario, recibiendo cada una de ellas los parientes más próximos de los testadores.

2) Fallecido D. Florentino el 12 de julio de 2004 sin otra voluntad testamentaria que la expresada, D<sup>a</sup> Amalia otorgó nuevo testamento notarial el 10 de octubre de 2011, en el que instituyó heredera universal a su hermana de vínculo sencillo a D<sup>a</sup> Felicidad .

3) Fallecida D<sup>a</sup> Amalia el 20 de octubre de 2014, D<sup>a</sup> Lourdes , representada y D<sup>a</sup> Paloma , ahora demandante, y como parientes más próximos de D. Florentino comparecieron el 7 de octubre de 2014 ante notario para otorgar acta de notoriedad de esa condición de parientes más próximos del citado causante D. Florentino .

4) D<sup>a</sup> Felicidad , demandada en este proceso, en fecha 20 de noviembre de 2014 otorgó escritura de aceptación de la herencia, mediante la cual se adjudicó todos los bienes de D<sup>a</sup> Amalia . El Registro de la Propiedad denegó la inscripción de esta escritura al considerar que se vulneraba el fideicomiso de residuo.

5) Las demandantes, D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Paloma , como parientes más próximos de D. Florentino postulan una tutela en la que se pretende se declare su derecho hereditario en esa condición de familiares más próximos del citado causante a la mitad de todos los bienes (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no hubieran dispuesto D<sup>a</sup> Amalia al tiempo de su fallecimiento por actos inter vivos, así como la declaración de nulidad del testamento otorgado por Amalia el 10 de octubre de 2011, siendo fundamento de su petición el fideicomiso de residuo establecido en el testamento mancomunado otorgado el 26 de marzo de 1989, fideicomiso que se califica de su modalidad de "si quid superit" (si queda algo).

### B) La sentencia dictada en la primera instancia.

**SEGUNDO** .- La sentencia dictada en la primera instancia resaltarán que 1) se trata de un problema de interpretación de la voluntad del testador, debiéndose indagar la voluntad real, que es la que debe prevalecer y 2) que en atención a la caracterización jurídica del fideicomiso de residuo y a la parquedad de la voluntad testamentaria en orden a las facultades de disposición que tendría el sobreviviente, si solo "inter-vivos" o también "mortis-causa", integrando la voluntad del testador, y atendiendo a las cláusulas segunda y cuarta, debe concluirse que el sobreviviente carecía de la facultad de disposición "mortis- causa" de los bienes del premuerto. Lo que lleva a declarar el derecho de las demandantes a la mitad de los bienes que quedaron a la muerte de D<sup>a</sup> Amalia y de los que no hubieran dispuesto, así como la nulidad del testamento notarial otorgado por D<sup>a</sup> Amalia el día 10 de octubre de 2011.

**TERCERO** .- D<sup>a</sup> Felicidad interpone recurso de apelación en el que, tras un sumario y una cuestión previa (sobre el ámbito del recurso de apelación) en síntesis y simplificación aduce, (i) la infracción de los arts. 1 , 3 y 416 del Código de Derecho Foral , pues aplica para interpretar el testamento el art. 675 C. Civil , inaplicando el derecho civil aragonés, lo que supone un error de derecho, al igual que, al confrontar las cláusulas contradictorias, segunda (institución recíproca) y cuarta (fideicomiso de residuo),



(ii) infracción del art. 218 LEC , incurriendo en incongruencia, al amparar su solución en la cláusula cuarta del testamento y obviando la segunda, que tan solo transcribe y sobre la que no se razona, (iii) vulneración de los arts. 318, 405, 416.3 y 419.1 CDFA, con relación a la institución recíproca de herederos o "pacto al más viviente", y la voluntad del testador como "Ley" de la sucesión, y **IV)** infracción de los arts.- 421, 431 y 432 CDFA, con relación a la libertad de revocación individual, para ya en fin y al margen del reproche último respecto a la imposición de las costas impugnar el pronunciamiento que anula el testamento.

C) La interpretación de los testamentos.

**CUARTO** .- Como primer motivo del recurso se denuncia una infracción de los arts. 1, 3 y 416 del CDFA, en cuanto, en el sentir de la parte recurrente, se ha vulnerado el sistema de fuentes en el Derecho Aragonés y las reglas de interpretación de los testamentos.

Tal infracción se produce, según la parte recurrente, al invocarse en la instancia el art. 675 C. Civil , cuando en el CDFA la materia está regulada en el art. 416, lo que induce a incurrir en otras infracciones, pues en la pugna entre las dos instituciones que aparecen enfrentadas, institución recíproca de herederos o pacto al más viviente y fideicomiso de residuo, se termina dando preferencia de manera errónea a esta última con inaplicación del principio de libertad civil, con lo que se está vulnerando el sistema de fuentes prevenido en el art. 1.1 CDFA conforme al cual el Código Civil es un sistema supletorio de cuarto grado.

El motivo no se acoge por las razones que se van a exponer.

Con tal motivo la parte está entremezclando dos cosas diferentes. Una es interpretar el testamento, es decir tratar de averiguar la verdadera voluntad del testador, dado que todo proceso de verbalización de una voluntad puede contener expresiones equívocas o incompletas o aun contradictorias, y otra la operatividad que las genuinas instituciones sucesorias aragonesas pueda tener frente a una voluntad previa y claramente determinada.

Porque el art. 416.1 CDFA viene a disciplinar prácticamente lo mismo que el art. 675 C. Civil , fuera de la invocación en el texto legal aragonés al testamento mancomunado: en esencia que hay que estar a la literalidad de lo dispuesto salvo que resulte clara una voluntad diferente, con lo que no se acierta a explicar, ni se explica en el recurso, en orden a perfilar lo realmente querido por los testadores ( STS 02.11.2010 , para el C. Civil) en qué ha consistido la vulneración legal que se denuncia. Una cosa es que en la labor interpretativa se haya errado en la instancia y otra es que se haga partiendo de un principio o regla interpretativa de los testamentos en Aragón, inadecuada, lo que no es el caso pues expresamente se afirma la prevalencia de la voluntad real. Que es el principio rector en la interpretación de los testamentos en el Derecho Aragonés ( art.416 CDFA). Puede existir en la instancia una invocación incorrecta de la norma aplicable, la del art. 675 C.Civil , pero no hay vulneración del contenido material de la norma aragonesa aplicable, el citado art. 416 CDFA.

Las otras infracciones que se denuncian, de los arts. 1 y 3 CDFA, relativos a la prevalencia de la libertad en Aragón y de la interpretación restrictiva que debe merecer toda limitación se resolverán al afrontar los demás motivos del recurso, con los que están íntimamente vinculados.

C) La interpretación de los testamentos.

**QUINTO** .- Objeto de este proceso, lo mismo en la primera instancia que en este segundo grado jurisdiccional, es, como se ha dicho, la interpretación de un testamento.

La problemática sobre la interpretación de los testamentos ha sido siempre algo paradójica. Punto de partida es el art. 405.CDFA, precepto en el que, en su primer apartado, se instaura la preeminencia de la voluntad del disponente, que ha de ser manifestada consciente y libremente en testamento otorgado conforme a Ley. El mismo precepto dispone en el segundo de sus apartados que el testamento puede contener **cualesquier disposiciones** relativas a la ordenación de la sucesión del testador o testadores.

Repárese en la circunstancia de que no se trata de cualquier voluntad, sino la de aquélla expresada en el testamento. Es, como dice la rúbrica del art. 495 CDFA una "voluntad testamentaria". Sin perjuicio de que la jurisprudencia haya admitido en algunas ocasiones la posibilidad de acudir a elementos externos al testamento para averiguar la voluntad real del testador, la que no es relevante al caso.

A la interpretación del testamento dedicará el CDFA el art. 416. Precepto que, al igual que el C. Civil , recoge la paradoja de ceñirse y alejarse de lo verbalizado por el testador: las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca **claramente** que fue otra la voluntad del testador. Si, como se ha dicho, la voluntad que hay que interpretar es la testamentaria, si ésta se exterioriza a través de su verbalización en testamento, bien se comprenderá que la voluntad que debe prevalecer debe resultar del mismo testamento y con tal contundencia ("claramente") que pueda sobreponerse al sentido literal de sus palabras o de alguna de ellas.



Apartarse de la literalidad de las palabras debe hacerse con sumo cuidado y prudencia, pues existe el peligro de que al socaire de la interpretación del testamento se termine alterando la voluntad real que resulta del sentido propio (y literal) de las palabras, lo que el legislador autoriza con carácter restrictivo, pues la prevalencia de otra voluntad distinta a la que resulta de esa literalidad solo es posible cuando así resulte "claramente". Y esto lo mismo vale para Derecho Aragonés que para el Código Civil, por lo que no hay una, como ya se ha dicho, inaplicación en la instancia del sentido material de la norma aragonesa, aunque sí pueda haberla en la invocación formal del precepto aplicable.

Adiciona el art. 416 CDFa tres reglas más concretas sobre la interpretación de los contratos. Una, la prevenida en su apartado dos, conforme a la cual las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia. Y otras dos que afrontan la cuestión relativa a la solución que se debe dar a las disposiciones cuya comprensión pueda ofrecer dudas. La primera ordena que se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador "según el tenor del mismo testamento" (art.416.1 CDFa) y la segunda la de que, en tales casos de duda la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretaría de manera restrictiva.

E) El fideicomiso y el fideicomiso de residuo.

**SEXTO** .- El fideicomiso es una institución con la que quien ordena su sucesión lo hace de manera que al primer instituido le suceda otro, de suerte que se establecen dos herederos sucesivos del causante.

El fideicomiso es un supuesto de sustitución, es decir el llamamiento de un segundo o ulterior heredero para que lo sea después del llamado en primer lugar, en el que, en el régimen del C.Civil se "encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia" ( art. 781 C.Civil ). En el fideicomiso el fideicomitente es el causante del primer heredero, el fiduciario, sino también del segundo, del fideicomisario, y ambos son herederos del fiduciante. En el fideicomiso hay una sola herencia aunque varias aperturas de esa sucesión.

Ciertamente el fideicomiso es un gravamen impuesto al fiduciario y aunque la norma previene que el fiduciario transmita, existe el criterio común de que no hay tal transmisión, pues es la ley la que atribuye automáticamente la titularidad al fideicomisario. En el fideicomiso se mantiene la unidad del haber hereditario en la medida en la que existe un deber de conservar.

En el fideicomiso el fiduciante es el causante de los dos herederos, del fiduciario y del fideicomisario y son llamados a heredar en virtud del llamamiento del fiduciante.

**SÉPTIMO** .- Como modalidad del fideicomiso existe el denominado de residuo, institución con la que se quiere comprender aquella ordenación de los bienes por el causante, en testamento, por la que se instituye heredero fiduciario a una persona para que en su día pase al fideicomisario que designa el testador o fiduciante, con la potestad a favor del fiduciario de la facultad de disponer de los bienes, de suerte que el fideicomisario heredará del fiduciante sólo lo que reste de aquello que el fiduciario no dispuso, lo que justifica esa denominación "de residuo".

Al fideicomiso de residuo se le asigna como característica natural, aunque no esencial, la del deber de conservar la herencia, centrándose la cuestión en las facultades de disposición que se atribuyen al fiduciario, si inter-vivos, (oneroso o gratuitos) o también mortis-causa. Lo que depende de la voluntad del testador.

La STS 30.10.2012 (rec 797/2010 ), en un supuesto en el que el testador limitó al fiduciario a las disposiciones inter-vivos, explica la institución:

"conforme a su desenvolvimiento jurisprudencial, particularmente de la línea seguida por las Sentencias de esta Sala de 13 de diciembre de 1974 ( RJ 1974,4677), 25 de abril de 1983 ( RJ 1983,2122), 22 de julio de 1994 (RJ 1994,6578 ) y 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997,9490), la caracterización de esta figura puede describirse en atención a los siguientes criterios:

A) En primer lugar debe señalarse que el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto.

El fideicomisario, según el "ordo successivus", o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el difunciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario ( artículo 784 del Código Civil ).



B) En segundo lugar también debe señalarse que, aunque pueda aceptarse que la obligación de conservar los bienes hereditarios resulte una **nota natural y no esencial** al instituto, lo es sin detrimento de su valor conceptual y analítico, esto es, respecto de lo incierto del residuo en si mismo considerado. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario; todo ello de acuerdo a los parámetro de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, o de la sanción derivada del abuso del derecho o de su ejercicio fraudulento. De esta forma se comprende mejor el juego conceptual de los artículos 781 y 783 del Código Civil . Así, por ejemplo, dentro de la previsión testamentaria, **la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente** conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo. En parecidos términos de lógica jurídica los límites, ya testamentarios o generales, al ejercicio de estas facultades de disposición también determinarán la carga de la prueba, según la mayor o menor amplitud de las facultades concedidas. Así, por ejemplo, y dentro siempre de la previsión testamentaria, en los supuestos en que el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, la posible impugnación de la transmisión efectuada correrá a cargo del fideicomisario que deberá probar que, fuera del objeto del fideicomiso, el fiduciario vació el contenido del mismo actuando de mala fe o de forma fraudulenta o abusiva".

El fideicomiso de residuo es admisible porque siendo la voluntad del causante Ley del orden sucesorio no hay, ni en el Código Foral ni en el Código Civil regla general que la impida. De hecho en el C.Civil no hay propiamente una regulación del mismo, sino que su admisibilidad se viene a inferir del art. 783.2º C.Civil . En el Código Foral está permitido en la medida en la que, como se ha dicho, la sucesión responde a la voluntad del causante expresada en testamento y nada impide que el testador disponga un orden sucesivo en la sucesión de su patrimonio. Como tampoco nada impide que al fiduciario le otorgue facultades de disposición inter-vivos o, también, mortis-causa. Mas en ese caso ya no es propiamente un fideicomiso de residuo sino preventivo de residuo, esto es el heredero sucesivo está llamado para el supuesto de que la facultad de disponer del fiduciario sea ilimitada en cuanto al patrimonio heredado del que puede disponer y, sobre todo, el título del que puede disponer, también a título gratuito y mortis-causa. Lo permite lo mismo el C.Civil y el Código Foral, pues en ambos impera el principio de soberanía de la voluntad del testador.

**OCTAVO** .- Denuncia la parte recurrente la vulneración de los arts. **318,405,408,416.3** y 419 CDFA, en lo que atañe a las instituciones de pacto al más viviente e institución recíproca de herederos, así como a la voluntad del testador como Ley de la sucesión.

Explica la parte recurrente que en la cláusula segunda del testamento se recoge una institución aragonesa típica, "agermanamiento" o "pacto al más viviente", instituciones basadas en la afectividad, reguladas, en el rt. 419 CDFA, que "coincide con el texto del calendado art. 108.1 de la Compilación de 1967 ... norma en vigor en el momento del otorgamiento de esta disposición de última voluntad (26 de marzo de 1985)", destacándose en el recurso que esa cláusula segunda resalta la plena libertad en el supérstite para disponer de todos los bienes que herede del que primeramente muera de ambos, plenitud de derechos y plenitud de libertad que la parte entiende suponía una clara facultad de disponer mortis causa, argumentándose que tendría escaso sentido que se pudiera disponer por el supérstite en vida por actos gratuitos y no pueda hacerse mortis causa, siendo inadmisibles, conforme a las instituciones aragonesas, el que las facultades dispositivas se deban interpretar de manera restrictiva.

El motivo del recurso no se acoge por cuanto aísla una cláusula testamentaria para imponerla a otra (la cuarta) que no es, en sentido estricto, incompatible con la anterior (la segunda) sino antes al contrario perfectamente incardinable en el principio de libertad del testador.

Ciertamente las sustituciones no están reguladas en el Código Foral, como no lo estaban en la Compilación, siquiera existan normas que contemplen la institución, entre ellas la que prevenía en el art. 108.3 de la Compilación. La institución está contemplada ahora normativamente en los arts. 419.3, (testamento mancomunado), 531.2 (sucesión del cónyuge viudo) y 395.3 (pacto al más viviente), todos ellos del Código Foral , como también se recogía, ya se ha dicho, en el art. 108.3 CDFA. Citado en el recurso de manera similar en este último precepto pero no igual, pues ahora la institución recíproca no conlleva por sí misma el "pacto al más viviente", que sí lo arrastraba el art. 108.1 CDFA, siendo ahora en el art. 419 CDFA necesaria de una previsión específica.

Porque en contra de lo argumentado en el recurso el fideicomiso de residuo y la institución recíproca de herederos, ni aun el pacto al más viviente son incompatibles ni especialmente difíciles de armonizar.

En primer lugar porque no hay dificultad alguna en aplicar a las instituciones aragonesas las normas del C.Civil como previene el sistema de fuentes ( arts. 1.1 CDFA), de suerte que no hay inconveniente en citar como





aplicable el art. 783.2º C.Civil, en el que se contempla el fideicomiso de residuo. Posiblemente para admitir esa figura en el Derecho Civil Aragonés no haría falta la invocación del mencionado precepto, y sería admisible en virtud del principio de libertad del testador que la parte recurrente defiende precisamente como infringido en la instancia, no viéndose la razón por la que el testador en Aragón no pueda, Código Civil aparte, nombrar dos herederos sucesivos.

La cláusula cuarta, que dispone un fideicomiso de residuo, no es incompatible con la institución recíproca. En el fideicomiso de residuo hay una designación de heredero fiduciario que es pleno propietario pues puede disponer del haber hereditario. Y los supuestos legales que antes hemos mencionado no son sino supuestos de fideicomiso de residuo, legales, pero supuestos de fideicomiso de residuo, por lo que no se atisba a comprender la razón por la que es contrario al principio de libertad civil el pacto que establece un fideicomiso de residuo.

No es tanto, pues, cuestión de si debe prevalecer la regla de que ante la duda se excluye lo dudoso, que es lo que sostiene la parte demandante, o la de que en Aragón está prohibido prohibir, que es lo que sostiene la parte recurrente, sino si es posible, e incontestablemente lo es, el que un aragonés pueda disponer de su sucesión estableciendo un orden sucesorio sucesivo, y que lo pueda hacer conforme a su voluntad, otorgando el fiduciante al fiduciario las facultades dispositivas que estime convenientes, sólo inter-vivos, a título oneroso o gratuito, o también mortis-causa.

**NOVENO** .- La parte recurrente, ya en fin, argumentará en contra de la cláusula cuarta en el sentido de integrar lo prevenido en ella en el sentido de que cuando se previene el fideicomiso con los bienes que no ha dispuesto el sobreviviente de ambos hay que incardinarla con la cláusula segunda, en la que se instaura la "plena libertad en el supérstite, de manera que esa facultad de disponer para después de la muerte del primero de ellos debía comprender la disposición mortis causa".

Pero esa interpretación pugna con la **rúbrica** de la disposición testamentaria cuarta, "fideicomiso de residuo", concepto antes explicado y que en nuestra cultura y comunidad jurídica tiene un significado preciso y perfectamente perfilado. Que sea testamento notarial revaloriza el alcance de la expresión y del concepto, al ser función del notario autorizante asesorar a los otorgantes, lo que hace verosímil que la voluntad de los testadores se ajustó a la literalidad y significado jurídico propio de la rúbrica. Dispone el art. 1 del Reglamento Notarial que los Notarios "como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar". En definitiva el testamento dice lo que dice, y lo que dice es que el sobreviviente hereda con el gravamen de no poder disponer mortis causa, que es lo propio del fideicomiso de residuo. Que se contenga en la rúbrica realza su valor y significación, pues es un concepto jurídico, como se ha dicho, jurídicamente diáfano y consignado bajo el asesoramiento profesional del Notario.

Y no vale afirmar que lo que en realidad se quiso es trasladar al testamento el fideicomiso de residuo que contemplaba el art. 108 de la Compilación. Pues tal afirmación es especulativa y pugna con la lógica que resulta de que el fideicomiso que se contemplaba en esa norma era legal(y preventivo), de manera que para su operatividad bastaba que se dieran sus presupuestos legales, sin necesidad de previsión testamentaria. De suerte que si se hizo alguna referencia lo plausible es entender que lo que se quiso fue precisamente variar el sentido del fideicomiso legal. Y es lo que resulta de que no se intitulara la rúbrica de la cláusula como fideicomiso legal o preventivo, sino simplemente fideicomiso de residuo. La propuesta de la parte recurrente no es interpretar el testamento sino expulsar toda una cláusula del mismo.

La tesis de la parte recurrente podrá ser más o menos razonable, pero no desvela "claramente" ni "evidentemente" una voluntad diferente a la literalidad de la expresión, entendiéndola esa literalidad, ya se ha dicho, en su consideración jurídica, no ya usual sino unánimemente aceptada en nuestra cultura jurídica.

**DÉCIMO** .- En el cuarto motivo del recurso se denuncia la infracción de los arts. 421,431 y 432 CDFa, al haberse desconocido la facultad de revocación individual, lo que se apoyará en la falta de corresponsividad que expresamente se declara en la cláusula tercera.

El motivo se acoge.

El testamento mancomunado es una forma (o tipo) de consignación de la voluntad de los testadores que no borra el carácter diferenciado de la voluntad de cada uno de sus otorgantes, con el que no se priva de la revocabilidad unilateral, de cada uno de ellos, como elemento esencial de toda voluntad testamentaria. Revocabilidad que se plasma hoy normativamente en los arts 406.3 y 421 del CDFa, diferenciación de otorgamiento que se proyecta incluso en los supuestos de nulidad (art. 430.2 CDFa). Más declarándose expresamente la falta de corresponsividad en el propio testamento.

Por tanto nada podía impedir que D<sup>a</sup> Amalia dispusiera de sus propios bienes no heredados de su fallecido esposo D. Florentino .



**UNDÉCIMO** .- En el motivo sexto (VI) se denuncia infracción del art. 423 CDFA, sobre las causas de nulidad del testamento pues, se defiende, las causas de nulidad están tasadas, y entre ellas no se encuentra la disposición testamentaria de bienes que tenían esa limitación, afectados por el fideicomiso de residuo.

El motivo se estima. La disposición testamentaria de bienes afectados por ese gravamen es ineficaz en cuanto afecta a los mismos, pero no hace nula ni ineficaz la disposición de los propios.

La disposición mortís causa de los bienes de los que no podía disponer el testador hace ineficaz esa disposición, pues nadie puede transmitir derechos de los que se carece. Pero ello no contamina al testamento como un todo ni invalida ni hace ineficaz la disposición de los bienes que sí podía transmitir el causante.

Ya en fin no procede hacer declaraciones abstractas de nulidad de inscripciones registrales, cuando no consta que se haya practicado alguna, y las que se hubieran podido hacer los términos y condiciones en que lo han sido.

**DUODÉCIMO** .- Al estimarse parcialmente la demanda y el recurso no es procedente hacer una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancia ( arts. 398 y 394 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

**Primero** .- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Felicidad contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario núm. 156/2015, la que se revoca.

**Segundo** .- Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Paloma contra D<sup>a</sup> Felicidad , y en su virtud se declara:

1) El derecho hereditario de las actoras, D<sup>a</sup> Lourdes y D<sup>a</sup> Paloma , como parientes más próximas de D. Florentino a la mitad de los bienes que quedaran del mencionado causante y de los que no hubiera dispuesto por actos "inter vivos" D<sup>a</sup> Amalia al tiempo del fallecimiento de ésta última, conforme a las disposiciones del testamento otorgado por D. Florentino y D<sup>a</sup> Amalia en fecha 26 de marzo de 1985, ante el Notario de Zaragoza D. Luis Pérez Ordoyo Cillero.

2) La ineficacia de la disposición testamentaria otorgada por D<sup>a</sup> Amalia el 10 de octubre de 2011 ante el Notario de Zaragoza, D. Fernando Usón Valero en lo referente a la disposición testamentaria de los bienes que heredó de D. Florentino , manteniéndose la validez de la disposición de los bienes no heredados de su fallecido esposo D. Florentino propios de la causante.

3) Se declara la nulidad de la escritura de adjudicación de la herencia otorgada por D<sup>a</sup> Felicidad , en fecha 20 de noviembre de 2014 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero en cuanto en la misma se incluyen bienes que lo fueron de D. Florentino .

No se hace una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. Y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recursos de Casación y Extraordinario por Infracción procesal ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que se deberán interponer, en su caso, por escrito ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.