

Roj: **STS 8011/1997 - ECLI:ES:TS:1997:8011**Id Cendoj: **28079110011997101681**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/12/1997**Nº de Recurso: **3178/1993**Nº de Resolución: **1197/97**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Once de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de septiembre de 1.993, como consecuencia de autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Carlos González Perona, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagros , siendo parte recurrida D. Gerardo , representado por el Procurador D. Enrique Fernández Chozas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Ildefonso Lago Pérez, en nombre y representación de D. Gerardo , interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, sobre impugnación testamentaria, contra D<sup>a</sup> Milagros y D. Carlos José , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se hagan las siguientes declaraciones y condenas: Primero.- Se declare, que aún en el supuesto de que la cláusula testamentaria, cuyo texto se reproduce en el fundamento de hecho cuarto, párrafo tercero, de este escrito fuese auténtica, no puede tener efecto ni valor alguno y es nula, en cuanto resulte de la misma, una institución usufructuaría vitalicia, a favor de la demandada D<sup>a</sup> Milagros , a partir del fallecimiento de D. Jose Ángel . Sin que la dicha demandada, haya llegado a adquirir derecho alguno a partir de ella, sobre ninguno de los bienes que constituyen el patrimonio del testador, D. Luis Enrique . Cuya cláusula, que se transcribe en el fundamento de hecho citado, resulta de las certificaciones registrales libradas por los Sres. Registradores de la Propiedad de Alcañiz (Teruel) y de la ciudad de Teruel, acompañadas a esto escrito , como documentos números 2.286 a 2.287 bis. Y ello porque: A) La dicha demandada D<sup>a</sup> Milagros , aún abierta la sucesión y producido el allanamiento, se halla incapacitada para aceptar la herencia que de la cláusula testamentaria e institución nula, antes dichas, se pudiere derivar a su favor. B) Interpretando la voluntad del testador D. Luis Enrique , respecto de las dichas cláusulas e institución testamentaria, procede declarar que su dicha voluntad e intención, implícita en su declaración testamentaria, pero clara y manifiesta, era la de: 1.- establecer una cadena de sustituciones, de manera que los sustitutos resultasen obligados a mantener, conservar, administrar y entregarse sucesivamente, el patrimonio del testador, hasta que llegase a manos de sus destinatarios, los herederos fideicomisarios. 2.- Sustituir a la demandada D<sup>a</sup> Milagros , solo por razón de ser, entonces, la esposa de D. Jose Ángel y en consideración a él, como uno mas de los sustitutos o herederos fiduciarios previstos. 3.- Que, excluida la dicha D<sup>a</sup> Milagros , del grupo familiar de D. Jose Ángel , su esposo, y por tanto del **testamento**, en el que aquél se insertaba, quedase excluida también, a propio tiempo, aquella, de todo llamamiento hereditario, por ser ya, además inhábil en el pensamiento del testador, para cumplir las obligaciones de conservar, administrar y transmitir o entregar, el patrimonio del disponente, como se dice bajo el apartado 1, de esta letra B). Más aún, cuando la exclusión se produjo a virtud de hechos que dieron lugar a grave escándalo y que hubieran sido reprobados por el testador. Y cuando además, fue confirmada la dicha exclusión de D<sup>a</sup> Milagros , a virtud de su libre y expresa renuncia, hecha en su momento, a la posibilidad de reconstituir el matrimonio, con su divorciado esposo, D. Jose Ángel .



Máxime, cuando D. Jose Ángel había contraído segundo matrimonio, del que dejaba hijos, y la demandada D<sup>a</sup> Milagros, ya no era, ni esposa, ni madre. Segundo.- Se declare que no tiene tampoco valor ni efecto alguno y es nula también, con nulidad radical, de pleno derecho, absoluta e insubsanable, la escritura de manifestación de herencia, otorgada, al parecer, por la demandada D<sup>a</sup> Milagros, en la ciudad de Barcelona y ante su Notario D. Luis Ubeda Sánchez, el día 5 de agosto de 1983, bajo el número 2.136 de su protocolo general corriente de aquel año, en todas sus partes y en especial, en cuanto que la dicha demandada, mediante la citada escritura: aceptó el llamamiento testamentario que, de la cláusula a que el número anterior de esta súplica se refiere, pudiere resultar a su favor; inventaría los bienes objeto de inscripción registral obtenida a su favor y otras dos respecto de los que no lo solicita; y se adjudicó el derecho de usufructo vitalicio sobre los mismos; de cuyos bienes, los inscritos, se relacionan bajo el hecho tercero de este escrito. Sin que a virtud de la dicha escritura, haya adquirido ni podido adquirir, derecho alguno. Cuya nulidad, se extiende al inventario y adjudicación de todos los bienes objeto de la escritura en cuestión; no solo a los inscritos sino también a los dos respecto de los cuales no solicita la inscripción, como resulta de la certificación registral, documento número 2.286 de este escrito, que seguidamente cita.- Y a todos los que hubiere podido adjudicarse, cualquiera que fuere el procedimiento, lugar o medio, integrantes de la herencia de D. Luis Enrique. Cuya escritura de manifestación, resulta de las certificaciones registrales, que acompaño como documentos números 2286 a 2287 bis, de los que a este escrito se acompañan. Tercero.- Se declaren igualmente nulas, las inscripciones registrales a que hubiere dado lugar la escritura objeto del número precedente de esta súplica. A las que se refieren las certificaciones registrales, que se acompañan a este escrito, como documentos números 2.286 a 2.287 bis, relativas a las fincas relacionadas bajo el hecho tercero. Así como también, las que pudiera obtener en el futuro, respecto de las dos fincas cuya inscripción no solicitó, según resulta de la certificación señalada como documento número 2.286; como las que pudiera obtener, respecto de las fincas que, como en el hecho tercero, apartado III, letra E), de este escrito, se dice, no ha inscrito. Acordándose igualmente, la cancelación de todas las dichas inscripciones declaradas nulas. Cuarto.- Se condene a la demandada D<sup>a</sup> Milagros, para el supuesto de que ejercitase, al amparo del Registro de la Propiedad, cualquier pretensión de efectividad posesoria, respecto de las fincas objeto de esta demanda, a devolver a mi mandante la posesión de las mismas con sus frutos, rentas y accesiones. Quinto.- Se condene al demandado D. Carlos José, para el supuesto de que fuere desestimadas las pretensiones ejercitadas bajo los precedentes números de esta súplica, a satisfacer a mi mandante: 1.- el precio, de las fincas a que el hecho segundo se refiere, al tiempo de la evicción. 2.- Los intereses, del pagado por la compra. 3.- Los frutos y rendimientos de las mismas, si fuere condenado mi mandante a entregarlos, a virtud de la evicción. 4.- Las costas del presente pleito. 5.- Los gastos ocasionados por el contrato de venta, pagados por mi principal. Sexto.- Se condene a las partes, a estar y pasar, por las precedentes declaraciones y condenas. Séptimo.- Se condene a los demandados, si se opusieren a las pretensiones que aquí ejercito, al pago de las costas del presente procedimiento.

2.- Por Providencia de fecha 26 de noviembre de 1.985, se declaró en rebeldía a los demandados D. Carlos José y D<sup>a</sup> Milagros, por haber transcurrido el termino de contestación a la demanda sin haber comparecido ni personado en autos.

3.- El Procurador D. Ildefonso Lago Pérez, en nombre y representación de D. Gerardo evacuó el traslado que para réplica le fue conferido, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de su escrito de demanda.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó, la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones. La ltma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Barcelona, dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 1.992, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando la demanda formulada por D. Gerardo contra D<sup>a</sup> Milagros y Carlos José, debo declarar y declaro: 1) la nulidad de la cláusula del **testamento** de D. Luis Enrique de fecha 16 de octubre de 1925, y de la que trae causa la demanda, en el aspecto que establece una institución usufructuaria vitalicia a favor de D<sup>o</sup> Milagros a partir del fallecimiento de D. Jose Ángel; 2) la nulidad de la escritura de manifestación de herencia otorgada por dicha demandada el día 5 de agosto de 1983 conforme al fundamento jurídico nº 4 de esta resolución; 3) la nulidad de las inscripciones registrales a que hubiere dado lugar la mencionada escritura de 5 de agosto de 1983, debiendo practicarse la oportuna cancelación registral, condenando a la demandada a restituir al actor la posesión de las fincas referidas en la demanda con sus frutos, rentas y acciones, y con absolucón del demandado D. Carlos José de las pretensiones contra el formuladas y con imposición de costas a la demandada D<sup>a</sup> Milagros a excepción de las derivadas de la llamada de D. Carlos José que deben ser impuestas a la parte actora.

SEGUNDO.- Comparecida y personada en autos D<sup>a</sup> Milagros, interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, por medio del Procurador D. Jordi Pich Martínez, en nombre y representación de la misma; la Sección Once de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 1.993, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por



la representación de D<sup>o</sup> Milagros contra la sentencia dictada en fecha 12 de febrero de 1992 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> Instancia núm 4 de Barcelona, en autos de Mayor cuantía núm 69/85 instados por D. Gerardo contra la apelante y D. Carlos José , debemos confirmar y confirmamos la misma íntegramente, haciendo expresa condena de las costas de esta alzada al apelante.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Carlos González Perona, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagros , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: UNICO.- Por infracción de Ley y de doctrina concordante, al amparo del artículo 1692, número 4 de la vigente Ley Procesal: Por infracción del artículo 675 del Código civil, en relación con el artículo 1281 del mismo cuerpo legal, infringidos por errónea aplicación, ya que siendo claros los términos de la cláusula testamentaria cuarta que se discute, y sin dejar duda alguna sobre la voluntad real del testador ha de estarse al sentido literal de la misma, sin que sea admisible la interpretación de la sentencia que se recurre, con exégesis atentatoria a su letra y espíritu.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Enrique Fernández Chozas, en nombre y representación de D. Gerardo , presentó escrito 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 15 de diciembre de 1.997, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que, como base fáctica del presente recurso, han quedado acreditados son los siguientes, teniendo especial importancia las fechas de los mismos: (1<sup>o</sup>) D. Luis Enrique , Marqués de DIRECCION000 , contrajo matrimonio con D<sup>a</sup> Inmaculada , sin que tuvieran descendencia. (2<sup>o</sup>) El citado marqués mantuvo una intensa amistad con D. Julián , abuelo del actor, hasta el punto que cuando falleció el mismo, su hijo, de corta edad, D. Jose Ángel , se trasladó al domicilio del marqués, el cual asumió los gastos de alimentación y educación, criándolo como si de un hijo se tratara, relación familiar que se mantuvo durante toda la vida del marqués y que continuó a su fallecimiento con su viuda, con la que convivieron el Sr. Jose Ángel y sus hijos (actor y demandado) y después de muertos reposan juntos los cadáveres de los marqueses y los del Sr. Jose Ángel y su segunda esposa. (3<sup>o</sup>) El mencionado D. Jose Ángel contrajo matrimonio con D<sup>a</sup> Milagros (recurrente en casación) en fecha 10 de enero de 1916; de dicho matrimonio no han sobrevivido descendientes; (4<sup>o</sup>) D. Luis Enrique otorgó tercero y último **testamento** en fecha 16 de octubre de 1925: en él se vertieron una serie de disposiciones y respecto a la institución de heredero expresa literalmente: "...instituye única heredera usufructuaria a su esposa D<sup>a</sup> Inmaculada , disponiendo que muerta ésta, pasarán, también en usufructo los bienes a D. Jose Ángel , y por fallecimiento de éste sería heredera usufructuaria su esposa D<sup>a</sup> Milagros , y muertos estos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testador". El día 19 del mismo mes y año falleció. El día 13 de abril de 1939 falleció su viuda y primera heredera D<sup>a</sup> Inmaculada . (5<sup>o</sup>) A finales de 1920 se había producido la separación de hecho de D. Jose Ángel y su esposa D<sup>a</sup> Milagros ; en fecha 22 de septiembre de 1933, se dictó sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declarando disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, por la causa primera del artículo 3 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, declarando cónyuge culpable a la esposa, la cual el 16 de octubre de 1941 renunció a restablecer la normalidad de su matrimonio canónico. (6<sup>o</sup>) En fecha 16 de octubre de 1933 D. Jose Ángel contrajo matrimonio con D<sup>a</sup> Nieves teniendo dos hijos: D. Gerardo (demandante y actual recurrido en casación) y D. Carlos José (codemandado). D. Jose Ángel falleció el 15 de agosto de 1963 y D<sup>a</sup> Nieves el 7 de abril de 1967. (7<sup>o</sup>) D<sup>a</sup> Milagros aceptó la herencia como heredera usufructuaria el 5 de agosto de 1983, la cual obtuvo la posesión de parte de los bienes del testador el 22 de abril de 1986, cuando se le concedió en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en sentencia dictada en apelación por la Audiencia de Teruel. (8<sup>o</sup>) Habiéndose planteado litigio sobre quiera era el fideicomisario último, si la "sucesión legítima" o "el alma del testador", en el sentido de que la sucesión legítima estaba formada por los hijos mencionados, D. Gerardo y su hermano D. Carlos José o bien era una disposición de los bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, según dispone el artículo 747 del Código civil, esta Sala dictó sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto por el Arzobispado de Valencia, de fecha 6 de octubre de 1994, quedando aquellos dos hermanos Carlos José Gerardo como fideicomisarios últimos.

SEGUNDO.- La base jurídica se centra en dos cuestiones: la sustitución fideicomisaria y la interpretación del **testamento**.

La primera de ellas, la sustitución fideicomisaria, apenas regulada en el Código civil (arts. 781 y ss) ha tenido una larguísima tradición histórica, una importante aunque escasa aportación doctrinal y muy pocas



sentencias modernas de esta Sala, la mayoría de las cuales se refieren a la sustitución fideicomisaria de residuo: así, sentencias de 13 de marzo de 1989, 22 de julio de 1994 y 22 de noviembre de 1996; o bien, al poder de disposición del fiduciario, como la de 28 de febrero de 1996; o a la relación con la institución en usufructo, en sentencias de 3 de noviembre de 1989 y 18 de julio de 1990. En todo caso, el causante -testador, fideicomitente- dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el ordo successivus que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero sólo es fiduciario, el último sólo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomisario y los intermedios son fideicomisario respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no sólo no hay duda, sino que lo expresa claramente la sentencia de 22 de noviembre de 1996 (fundamento 1º, párrafo 2º): ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, indignidad y prohibiciones viene referidas exclusivamente al fideicomitente.

La segunda cuestión, la interpretación del **testamento**, sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa ( artículo 675 del Código civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido, conviene destacar la sentencia de 31 de diciembre de 1992 que dice (en su fundamento 1º): La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermeneútica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El **testamento** constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa ( sentencias de 6-4-1.992, y las que en ella se citan de 5-6-1.978; 8-2-1.980; 4-1-1.981; 9-3-1.984; 9-6-1.987; 28-4-1.989; 30-11-1.990; 18- 7-1.991, etc). Cuya doctrina ha sido mantenida constante y reiteradamente por esta Sala, siempre insistiendo en que con la interpretación del **testamento** se busca el sentido y alcance de la voluntad del testador. Siendo el **testamento** un negocio jurídico mortis causa, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el **testamento**; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo **testamento** hasta el instante mismo de su muerte. El **testamento** no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo.

TERCERO.- El único motivo de casación, al amparo del artículo 1692, nº 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se apoya en la infracción del artículo 675 del Código civil en relación -ciertamente innecesaria- con el artículo 1281. Ha dicho con abrumadora reiteración la jurisprudencia de esta Sala que la función de interpretar el **testamento** es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley: así, sentencias, entre otras muchísimas, de 26 de julio de 1994, 20 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1997; esta última dice (fundamento 2º, párrafo 2º): es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es ( SS 5-6-78; 8-2-80; 8-6-82; 29-2 y 9-3-84; 29-1-85) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia solo tiene acceso a la casación de modo excepcional (S 4-11-61), cuando su interpretación cae en lo "arbitrario" (S 25-4-63), contiene un "muy manifiesto error" (S.11-7-64 y 18-12-65) es "desorbitada" (S 19-11-64) o patentiza ese manifiesto error ( SS 10-6-64; 31-3 y 18-12-65) ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia ( SS 30-4-81 y 17-5-88).

En el presente caso, la interpretación que han hechos las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código civil. El **testamento** del fideicomitente es de fecha 16 de octubre de 1925 y falleció tres días después, el 19. El momento en que procede la interpretación no puede ser sino en estas fechas. En ellas, la heredera usufructuaría, fideicomisaria (y fiduciaria respecto a fideicomisarios posteriores) nombrada nominatim era Dª Milagros, esposa de D. Jose Ángel : la separación de hecho se había producido





años antes de otorgar aquel **testamento**; la disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del **testamento** y de la muerte del causante fideicomitente, en el año 1933.

La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 del Código civil la interpretación que hacen las sentencias de instancia se deba a que pretende averiguar la voluntad real del testador, en la fecha del **testamento** y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del **testamento** (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando en 1925 se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios -como la actual recurrente en casación- tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito -por muerte del fiduciario-fideicomisario anterior- de la herencia a ella, como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia recurrida de que "no la hubiera nombrado heredero" de haber conocido los hechos -posteriores a la muerte del testador- que motivaron el divorcio; es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador; es contrario al artículo 675 del Código civil que se interprete el **testamento** por hechos posteriores no sólo al mismo, sino también a la muerte del testador.

CUARTO.- Debe acogerse, pues, el único motivo de casación y resolver la Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como señala el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La cláusula testamentaria antes transcrita y con referencia a la recurrente en casación es válida y se interpreta como resulta de su tenor literal en el sentido de que D<sup>a</sup> Milagros es heredera fideicomisaria en usufructo, que ha adquirido lícitamente, teniendo capacidad para aceptar la herencia (según los artículos 992 y ss. del Código civil) y capacidad para suceder ( art. 744 del Código civil), no teniendo prohibiciones (artículos 752 y ss) ni habiendo incurrido en causa de indignidad (art. 756) que lo son en relación al causante, que es el fideicomitente. Por lo cual, debe desestimarse la demanda en sus pretensiones principales.

El apartado quinto del suplico de la demanda contiene una pretensión, subsidiaria a las anteriores y por si éstas no se estiman, relativas al codemandado, consistente en que D. Carlos José satisfaga al demandante D. Gerardo el precio de unas fincas al tiempo de la evicción, interés, frutos, rendimientos, gastos y costas. Siendo la evicción la privación de la cosa comprada que sufre el comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra ( artículo 1475 del Código civil) uno de los requisitos es, según lo dicho, la privación en virtud de sentencia firme (art. 1480). Lo que no se ha producido en el presente caso, en que este proceso se limita al derecho hereditario de D<sup>a</sup> Milagros y no puede alcanzar a un temor remoto de que si ésta es -como efectivamente lo es- heredera en usufructo, le podría reclamar unas fincas que el actor había comprado a su hermano, en cuyo caso, si le cita de evicción (art. 1481) y se cumplen todos los requisitos, podrían reclamarle los conceptos que enumera el artículo 1478. En consecuencia, debe desestimarse la pretensión subsidiaria.

Aplicando el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede la imposición de las costas procesales causadas en primera instancia a la parte demandante; no procede hacer condena expresa en las de apelación ni tampoco en las de este recurso, en que cada uno satisfará las suyas.

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

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el Procurador D. Carlos González Perona, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagros, respecto a la sentencia dictada por la Sección Once de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 3 de septiembre de 1.993, la cual casamos y anulamos y en su lugar, debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. Ildefonso Lago Pérez, en nombre y representación de D. Gerardo, contra D<sup>a</sup> Milagros y D. Carlos José.

Se condena a la parte demandante, recurrida en casación, al pago de las costas causadas en primera instancia, sin hacer pronunciamiento expreso en las de apelación ni en las del presente recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

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.- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.- EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los



presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ