

Roj: **STS 718/2002 - ECLI:ES:TS:2002:718**Id Cendoj: **28079110012002101739**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/02/2002**Nº de Recurso: **2572/1996**Nº de Resolución: **63/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de Juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de dicha Capital, sobre Disposición testamentaria de residuo; cuyo recurso fue interpuesto por DON Jesús , DOÑA María Virtudes y DOÑA Bárbara , representados por el Procurador de los Tribunales don Jorge Deleito García; siendo parte recurrida DOÑA Julia y DOÑA Marta , representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Angustias del Barrio León.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Zaragoza, fueron vistos los autos, Juicio declarativo de menor cuantía, promovidos a instancia de doña Bárbara , doña María Virtudes , doña Marí Trini y don Jesús , contra doña Marta y doña Julia sobre disposición testamentaria de residuo.

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 dictara Se dictara Sentencia por la que: A) Que por testamento otorgado el 14-11-84 ante el Notario don José Felez Costea núm. 1936 de protocolo, doña Amelia , instituyó heredero universal a su esposo Donato en pleno dominio, con facultades de libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa; y a don Jesús , doña María Virtudes , doña Bárbara y doña Marí Trini , por cuartas e iguales partes, herederos de los bienes de residuo de que, a la muerte de su esposo Donato éste no hubiere dispuesto, con sustitución vulgar igualmente a favor de sus descendientes respectivos, y derecho de acrecer, en su caso. B) Que en virtud del citado testamento otorgado por Amelia el día 14-11-84, ante el Notario de Zaragoza don José Felez Costa núm. 1936 de protocolo, a los actores doña Marí Trini , don Jesús , doña Bárbara y doña María Virtudes , les corresponde la propiedad en pleno dominio, por cuartas e iguales partes indivisas de los bienes que fueron de titularidad de Amelia , y de los que no dispuso su esposo don Donato , gastos que se describen a continuación: 1) Finca Urbana núm. NUM000 . Piso segundo A ó izquierda en la tercera planta de viviendas de la casa NUM001 de la DIRECCION000 de Zaragoza (antes DIRECCION001 , angular a la AVENIDA000). Se compone de vestíbulo, cuatro habitaciones, cocina y cuarto de aseo. Tiene una superficie de 70 m2. Linda: frente caja de escalera y piso B; derecha entrando, c) DIRECCION001 , hoy denominada DIRECCION000 ; izquierda, patio de manzana donde existe un local o nave industrial o comercial; y fondo casa núm. NUM002 de DIRECCION001 , hoy DIRECCION000 . Le corresponde una cuota de participación en el inmueble del 7 por ciento. Inscrita actualmente al Tomo NUM003 , Folio NUM004 , Finca NUM005 del Registro de la Propiedad de Zaragoza núm. NUM006 . - 2º) Finca Urbana: Departamento núm. NUM007 . Local en planta baja de la DIRECCION000 , NUM008 de Zaragoza (antes DIRECCION001 , angular a AVENIDA000). Tiene una superficie de 131 m2, con una cuota de participación en el valor total del inmueble de 6,04%. Linda: frente, DIRECCION001 , caja de la escalera y garita del portero; derecho entrando, portal, hueco de escalera y garita de portero; derecho



entrando, portal, hueco del ascensor, caja de la escalera y departamento NUM009 de la misma casa; izquierda, departamento núm. NUM001 de la casa NUM010 de la DIRECCION001 ; y fondo, departamento núm. NUM001 a) de la casa a que pertenece el local. Actualmente inscrita al Tomo NUM003 , Folio NUM011 , Finca NUM012 del Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza.- 3º) Finca Urbana, núm. NUM002 . Piso principal A en la planta NUM001 de la casa núm. NUM001 de DIRECCION000 de Zaragoza, antes DIRECCION001 , angular a AVENIDA000 . Se compone de vestíbulo, cuatro habitaciones, cocina, cuarto de aseo y una pequeña galería. Tiene una superficie de 70 m2. Linda: frente, caja de escalera y PISO000 ; derecho entrando, DIRECCION001 , hoy DIRECCION000 ; izquierda, patio de manzana donde existe una nave industrial; y fondo, casa núm. NUM002 de la DIRECCION001 , hoy DIRECCION000 . Le corresponde una cuota de participación del 6%. Actualmente inscrita al Tomo NUM003 , Folio NUM013 , Finca NUM014 , del Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza.- 4º) Finca Urbana. Núm. NUM008 . Piso principal B ó centro en la planta NUM001 de la Casa núm. NUM001 de la DIRECCION000 Zaragoza (antes DIRECCION001 , angular a AVENIDA000). Se compone de vestíbulo, cuatro habitaciones, cocina y cuarto de aseo. Tiene una superficie de 71 m2. Linda: frente caja de escalera y PISO001 ; derecho entrando, PISO002 ; izquierda, DIRECCION001 , hoy DIRECCION000 ; y fondo, AVENIDA000 . Le corresponde una cuota de participación del 7. Actualmente inscrita al Tomo NUM003 , Folio NUM015 , Finca NUM016 del Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza.- 5º) Finca Urbana. Núm. NUM017 , PISO003 o derecha, en la planta NUM001 de la casa núm. NUM001 de la DIRECCION000 de Zaragoza, (antes DIRECCION001 , angular a AVENIDA000). Se compone de vestíbulo, cuatro habitaciones, cocina y cuarto de aseo. Tiene una superficie de 68 m2. Linda: frente caja de escalera y patio de manzana donde existe una nave o local; derecha entrando, casa núm. NUM018 de AVENIDA000 ; izquierda, PISO000 ; y fondo, AVENIDA001 . Le corresponde una cuota de participación del 6. Actualmente inscrita al Tomo NUM003 , Folio NUM019 , Finca NUM020 del Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza.- C) la nulidad o anulabilidad de la escritura pública de aceptación de herencia de don Donato otorgada en Barcelona el 26 de junio de 1995 ante el Notario don Roberto Follia Camps, en lo que afecta a la aceptación de herencia por parte de doña Julia y doña Marta de los bienes procedentes de doña Amelia y que se describen en el anterior pedimento de este Suplico y que son las fincas Registrales núm. NUM005 , NUM014 , NUM016 , NUM020 y NUM012 del Registro de la Propiedad núm. NUM006 , de Zaragoza; así como la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales correspondientes, contradictorias de tales declaraciones, y que de tales fincas obren en el citado Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza. Condene a las demandadas doña Julia y doña Marta a estar y pasar por tales declaraciones, y al pago de todas las costas del presente juicio.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de las demandadas contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, revoque el mandamiento expedido al Registro de la Propiedad núm. NUM006 de Zaragoza ordenando la anotación preventiva de la demanda puesto que los perjuicios que se puedan ocasionar con tal decisión pueden ser totalmente irreparables, ya que, se carece de conocimientos sobre la solvencia que puedan tener las demandadas para cubrir los perjuicios económicos dimanantes de tal acto. Subsidiariamente, para el improbable caso de no ver atendida esta petición, acuerde la prestación de fianza en cuantía suficiente para cubrir el principal de los bienes mas los perjuicios que sus representadas pueden sufrir, y que por la cuantía declarada por la actora deberá ser de cuarenta millones de pesetas. Declare completamente legal el testamento de don Donato y la aceptación del mismo realizada por sus herederos doña Julia y doña Marta y de que el mismo cumple al pie de la letra lo dispuesto en el testamento de doña Amelia . Declare no haber lugar a lo solicitado por las demandantes y otorgue la plena vigencia de la escritura de aceptación de herencia otorgada por el Notario de Barcelona don Roberto Follia Camps. Con expresa imposición de costas a las demandantes dado su mala fe y temeridad, así como determine una indemnización para las demandadas por los daños y perjuicios en la demora para la libre disposición de sus bienes legalmente obtenidos.

Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fué declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don Jesús , doña María Virtudes , doña Bárbara y doña Marí Trini , representados por el Procurador don Antonio Jesús Bozal Ochoa, contra doña Julia y doña Marta representadas por la Procuradora doña María Pilar Balduque Martín, debo absolver y absuelvo a los expresados demandados de los pedimentos en su contra formulados. Con expresa imposición de costas a los demandantes".



SEGUNDO: Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha 6 de julio de 1996, cuyo Fallo es como sigue: "Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por don Jesús , doña María Virtudes , doña Bárbara y doña Marí Trini contra doña Julia y doña Marta y contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza y a la que el presente Rollo se contrae, debemos confirmarla íntegramente, imponiendo las costas de esta alzada al apelante".

TERCERO: El Procurador de los Tribunales, don Jorge Deleito García, en nombre y representación de DON Jesús , DOÑA María Virtudes y DOÑA Bárbara , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: PRIMERO: "Se formaliza al amparo del art. 1692-3º, Primer inciso, L.E.C., fundado en incongruencia de la Sentencia de la Sala 'a quo', por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. Se consideran infringidos el art. 359 L.E.C., párrafo 1º, que establece que 'Las Sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate'; en relación con el art. 523 de dicha Ley Rituaria, párrafo 2º...".- SEGUNDO: "Se formaliza al amparo del art. 1692-4º L.E.C., fundamentado en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 657 C.c., por inaplicación, que establece que 'los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte'...".- TERCERO: "Se formaliza al amparo del art. 1692-4º L.E.C., fundamentado en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 659 C.c., por interpretación errónea, que establece que 'La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte'...".- CUARTO: "Se formaliza al amparo del art. 1692-4º L.E.C., fundamentado en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 783 C.c. párrafos 1º y 2º, que establecen 'Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa' así como la jurisprudencia de esa Excm. Sala en cuanto se refiere al fideicomiso de residuo, puesta de manifiesto en Sentencia de 22 de julio de 1994, entre otras, por interpretación errónea".- QUINTO: "Se formaliza al amparo del art. 1692-4º L.E.C., fundamentado en infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 675 C.c., apartado primero, por interpretación errónea, que establece: 'Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento'...".

CUARTO: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales, doña Angustias del Barrio León, en nombre y representación de DOÑA Marta y DOÑA Julia impugnó el mismo.

QUINTO: No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para VOTACIÓN Y FALLO EL DÍA 22 DE ENERO DE 2002, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 6 de julio de 1996, se confirma la del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de los de dicha Capital, de 13 de febrero de 1996, que desestimó la demanda interpuesta por los actores, que constan, por habilitar la eficacia y la viabilidad dispositiva "mortis causa" del fiduciario de residuo.

SEGUNDO: En el PRIMER MOTIVO del recurso interpuesto, se denuncia al amparo del art. 1692-3º, Primer inciso, L.E.C., la incongruencia de la Sentencia de la Sala 'a quo', por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia. Se consideran infringidos el art. 359 L.E.C., párrafo 1º, que establece que 'Las Sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate'; en relación con el art. 523 de dicha Ley Rituaria, párrafo 2º; alegando que, según consta expresamente en el Súplico de la demanda, en el apartado A) se suplicaba lo siguiente: Que por testamento otorgado el



14-11-84 ante el Notario don José Felez Costea núm. 1936 de protocolo, doña Amelia , instituyó heredero universal a su esposo Donato en pleno dominio, con facultades de libre disposición, tanto por actos intervivos como mortis causa; y a don Jesús , doña María Virtudes , doña Bárbara y doña Marí Trini , por cuartas e iguales partes, herederos de los bienes de residuo de que, a la muerte de su esposo Donato éste no hubiere dispuesto, con sustitución vulgar igualmente a favor de sus descendientes respectivos, y derecho de acrecer, en su caso, entendemos que en la Sentencia, éste pedimento debería haber sido aceptado totalmente, puesto que el Juzgador se ha basado en la aceptación implícita del mismo para desarrollar sus FF.JJ., que le sirven precisamente para desestimar la demanda; además, en la Sentencia, no ha habido declaración expresa sobre el citado punto.

El Motivo no se acoge, (previa improcedencia de la denuncia que se emite en la alegación primera del escrito de impugnación por ser extemporánea, y sobre todo, no ser relevante en relación con la decisión que se emite) pues, la constatación del contenido del testamento otorgado el 14-11-84, por la fiduciante doña Amelia , es el presupuesto común de partida que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y, se acoge también por ambas resoluciones como base u origen de los hechos litigiosos para emitir su decisión, hoy recurrida en casación.

TERCERO: En el MOTIVO SEGUNDO, se denuncia al amparo del art. 1692-4º L.E.C., la infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 657 C.c., por inaplicación, que establece que "los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte"; y se alega que, es de tener presente a los efectos de este Motivo y de los sucesivos, las cláusulas de los testamentos de doña Amelia y de su esposo don Donato que, en lo que aquí interesa, copiados literalmente dicen así:

Testamento de doña Amelia de fecha 14-11-1984: "Instituye heredero universal a su esposo Donato en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos intervivos como mortis causa. Y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora (Jesús , María Virtudes , Bárbara y Marí Trini), con sustitución vulgar igualmente en favor de sus descendientes respectivos y derecho de acrecer en su caso".

Testamento de don Donato de fecha 28-12-94: "Instituye herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia, a sus dos hermanas Julia y Marta por iguales partes entre ellas". y afirma que, esta parte ha mantenido en el proceso que la institución de herederos efectuada por don Donato en favor de sus dos hermanas, doña Marta y doña Julia en su testamento de fecha 28 de diciembre de 1994, ante el Notario don Juan Miguel Bellod Fernández, no es una disposición de bienes, ni en vida, ni "mortis causa", a los efectos de lo ordenado por doña Amelia , en su testamento de 14 de noviembre de 1984, y por ello, al no haber dispuesto don Donato , expresamente, bien de forma genérica o bien de forma individual, de los bienes que heredó de su esposa doña Amelia , y que son a los que se refiere el Súplico de la demanda, han de pasar a los hermanos de doña Amelia , aquí recurrentes, en virtud de la cláusula de fideicomiso que figura en el citado testamento otorgado el 14 de noviembre de 1984, y se añade que, según la doctrina científica, la sucesión "mortis causa" supone la atribución a una persona de la posición de otra y, que al morir la misma el heredero ocupa igual posición por derecho de su causante y no tiene un derecho subjetivo extraño, por ello, hay que distinguir en el relicto del fiduciario don Donato , los bienes que quedan de su propiedad por ser privativos de los que adquirió de su esposa -la fiduciante- y que sobre los mismos no dispuso dicho testador de forma expresa o pormenorizadamente.

En el MOTIVO TERCERO, se denuncia al amparo del art. 1692-4º L.E.C., la infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 659 C.c., por interpretación errónea, que establece que "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte"; afirmando que, a fecha del fallecimiento de don Donato hemos de convenir que éste no había dispuesto de los bienes que heredó de su esposa, y que, al no disponer de ellos en su testamento expresamente, ya que, lo único que hizo fue instituir a sus hermanas herederas, es decir, una titularidad, dicho señor no dispuso de los bienes que procedían de la herencia de su esposa, y por lo tanto, en el mismo momento de su muerte, ya no pertenecían a su patrimonio, sino al de mis representados en virtud de la cláusula contenida en el testamento de 14 de noviembre de 1984, de doña Amelia , en la que literalmente dispuso: "y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora ya citados..., con sustitución vulgar igualmente en favor de sus descendientes respectivos y derechos de acrecer, en su caso". y que, por lo tanto, al no haber dispuesto expresamente don Donato de los bienes de su esposa a que la demanda se contrae, ni "inter vivos" ni "mortis causa", ni de forma genérica ni de forma individualizada, ya que ni siquiera se aluden en el testamento; la expectativa de los hermanos María Virtudes Amelia Marí Trini Jesús Bárbara a adquirir los bienes de residuo se perfeccionó en el mismo instante que tuvo lugar el



fallecimiento del fiduciario don Donato ; ya que, el testamento que realizó en favor de sus hermanas era por todos los bienes que no estaban sujetos a la fiducia.

En el MOTIVO CUARTO, se denuncia al amparo del art. 1692-4º L.E.C., la infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 783 C.c. párrafos 1º y 2º, que establecen "Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa"; alegando que, en el testamento que otorgó doña Amelia , si bien instituyó heredero universal a su esposo, se infiere claramente que la voluntad de la testadora era beneficiar en primer lugar a su esposo, y en segundo lugar, beneficiar a sus hermanos, pero desde luego, lo que no fué su voluntad era que sus propios bienes privativos, que procedían de su familia, fueran a parar a las hermanas de su esposo, las que desde luego no se citan ni mentan en el testamento, y eran extrañas para la testadora, con lo cual se ha burlado la verdadera voluntad de la testadora, que era favorecer a su esposo, pero de los bienes que no hubiera dispuesto pasaran a sus hermanos.

En el MOTIVO QUINTO, se denuncia al amparo del art. 1692-4º L.E.C., la infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Se considera infringido el art. 675 C.c., apartado primero, por interpretación errónea, que establece: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento", y alega que, ha de partirse del hecho incuestionable de que cuando don Donato , aceptó la herencia de su esposa doña Amelia , también aceptó las condiciones impuestas en el testamento de fecha 14 de noviembre de 1984, cuales eran que si no hubiera dispuesto de los bienes de su esposa "intervivos" o "mortis causa", los mismos pasarían a ser propiedad de mis representados... y que, haciendo una aplicación al presente caso de la jurisprudencia del T.S. y preceptos indicados, es preciso, como primera cuestión, hacer una indagación al testamento de doña Amelia , de fecha 14 de noviembre de 1984. Y en ese sentido, es clara la "voluntad" de la testadora de instituir heredero a su esposo, para que en vida y para sus necesidades, pudiera disponer de tales bienes (por venta, cesión, dación en pago, etc.). Esa voluntad queda clara, pues, lo que pretendía la testadora era que su esposo disfrutase en vida de los bienes de su propiedad, y a su fallecimiento, de los no dispuestos, pasaran a ser propiedad de sus cuatro hermanos por cuartas e iguales partes.

CUARTO: Todos los Motivos han de rechazarse, por las siguientes consideraciones:

1º) Es sabido que la naturaleza del llamado fideicomiso de residuo -intercalado en el testamento de la fiduciante antes transcrito de 14-11-84-, supone un encargo hereditario efectuado por la testadora a quien, como, en el caso de autos, su esposo, nombra heredero universal de todos sus bienes "con facultad expresa de libre disposición tanto por actos "inter vivos" como "mortis causa", añadiéndose que, "a la muerte de éste, los bienes de que éste no hubiera dispuesto recaerán en partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora -los hoy demandantes y recurrentes-; en consecuencia, es claro, que se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con "si aliquid supererit", esto es, con el efecto transmisivo de "si algo queda", en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo, "de eo quod supererit" o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad de fideicomisarios sobre "de aquello que debe quedar". El mandato, pues, de aquel testamento, en el que el fiduciante actúa como árbitro del devenir sucesorio de sus bienes, determina el posibilismo transmisivo del fiduciario, y que, en el caso de autos, gozaba de un amplio poder dispositivo, no sólo, por acto "inter vivos" sino "mortis causa", y, como tal, luego otorga su testamento en 28-12-1994, instituyendo herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a favor de sus hermanas, disposición, pues, que está amparada en aquella autorización amplísima, que como afirma la jurisprudencia, mientras que la atinente a actos "inter vivos" si lo es a título gratuito -se tiene también que admitir aunque con reservas- cuando lo es "mortis causa" debe constar de forma expresa como manifiesta en su deseo último el fiduciante - SS. 2-12-1966 y 21-11-1956, entre otras. Y con la mejor doctrina, si bien, alguna Sentencia habla de que en ese fideicomiso, de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad, ha de precisarse que en la especie del litigio "Si..." la misma sólo se refiere no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto a su existencia o conjunto de bienes.

2º) Es claro, que en la disposición ulterior del heredero universal, además de fiduciario, en su testamento abierto de 28-12-94, actúa a tenor de lo autorizado por la fiduciante que le facultaba a esa disposición y, que, la concreta en citado acto de última voluntad comprensivo de la totalidad de su patrimonio relicto, a tenor del alcance amplio del testamento según el art. 667 C.c., sin que se comparta, como aspiran los Motivos a que, en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque, sobre ambos tenía facultades plenas el "de cuius", los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y,



por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo "mortis causa" (supuesto como se debe amparado en el art. 783 "in fine").

3º) Si bien, es cierto que a la muerte del fiduciario éste no había dispuesto de los bienes del residuo, luego puedo hacer, como hizo, su disposición "mortis causa", por estar expresamente autorizado por su esposa la fiduciante (M. 3º).

4º) El planteamiento en el Motivo Cuarto, de cuál era la real intención o voluntad de la testadora fiduciante, es una circunstancia, si bien, presumiblemente cierta en el campo de la conjetura, es irrelevante en cuanto que ella plasma su voluntad al autorizar solamente a su esposo -fiduciario- para disponer por completo de los bienes del residuo.

5º) Por la misma argumentación, no es atendible la denuncia del Motivo Quinto, sobre que "es clara la voluntad de la testadora de instituir heredero a su esposo para que, tras su muerte, sobre los bienes no dispuestos pasaran a ser propiedad de los recurrentes, porque, la autorización referida es incontestable, y porque, esa alegación más que nada incide en la especie de residuo no acaecible en autos, esto es, el atinente a la regla "de eo quod supererit" en cuyo caso, la conservación del patrimonio deferido es una obligación básica para luego transmitirlo a los sucesivos llamados, al quedar, por ello, inhabilitada la disposición "mortis causa", por lo que, con el rechazo de los Motivos, se desestima la demanda con los demás efectos derivados.

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 Jesús , DOÑA María Virtudes y DOÑA Bárbara , frente a la Sentencia pronunciada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en 6 de julio de 1996; Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal. Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.- LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.- JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.- RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, 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.