



Roj: **STS 3277/1965 - ECLI:ES:TS:1965:3277**

Id Cendoj: **28079110011965100703**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/1965**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DE VICENTE TUTOR Y GUEL BENZU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 274.-Sentencia de 3 de abril de 1965.

PROCEDIMIENTO: Infracción de Ley.

RECURRENTE: Don Emilio y otros.

FALLO: Declarando haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la audiencia Territorial de Burgos, con fecha 25 de octubre de 1962 .

DOCTRINA: Declaración de heredero, nulidad de participación de herencia y de inscripciones registrales. Artículo 675 del Código Civil .

Admitida en nuestra legislación la **sucesión** condicional, tanto en su aspecto suspensivo, como resolutoria y, por la misma razón, las a plazo o término, la representación o el fideicomiso en ciertos casos, es evidente que tanto la interpretación literal de la cláusula debatida, como la voluntad real del testador, al hacer designación como herederos a sus parientes de cierto grado, sin especificación de nombre, ni limitación alguna, y referida siempre al momento de fallecimiento de su esposa, supedita la institución a la condición de, que, al llegar ese término le sucedan todos sus parientes, en el grado que marca, hubieran o no nacido al momento de su muerte.

En la villa de Madrid, a 3 de abril de 1965

En los autos de juicio ordinario de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Almazán, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Emilio , mayor de edad, casado, Catedrático y vecino de Madrid, accionando en su propio nombre y en el ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores don Jesús Carlos y don Guillermo contra doña Marcelina , viuda; don Rodrigo , viudo, farmacéutico; doña Concepción , doña Angelina , don Santiago , don Benedicto y doña María Inés , solteros; doña Amelia , doña María Milagros y doña Valentina , casadas; y don Silvio , soltero, Ingeniero; todos mayores de edad, vecinos de Almazán los seis primeros y de Madrid los restantes a excepción de doña Valentina , que lo era de Avila; sobre declaración de heredero, nulidad de partición de herencia y de inscripciones registrales; autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por dichos demandantes, representados por el Procurador don Fernando Mezquita Ortega y defendidos por él Letrado don José Luis del Valle Iturriaga; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte demandada y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por él Procurador don Carlos de Zulueta y Cebrián y el Letrado don Rafael Cánovas del Castillo Fraile y en el acto de la vista por don Jesús Baladiez.

RESULTANDO



RESULTANDO que don Emilio , por sí y en representación de sus hijos menores don Jesús Carlos y don Guillermo , representado por un Procurador, por medio de escrito de fecha 31 de agosto de 1961, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Almazán, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra doña Marcelina , don Rodrigo , doña Concepción , doña Angelina , don Santiago , don Benedicto , doña María Inés , doña Amelia , doña María Milagros y doña Valentina , y contra don Silvio , alegando sustancialmente como hechos:

Primero: Que el día 2 de febrero de 1959 falleció en Almazán el hermano y tío carnal, respectivamente, de los actores don Federico , en estado de casado, con doña Marcelina , conforme acreditaba con la certificación de defunción que acompañaba (documento número 2).

Segundo: Que el fallecimiento ocurrió bajo testamento ológrafo que fue protocolizado el día 13 de marzo de 1959, a virtud de auto del Juzgado, ante el que comparecían de fecha 27 de febrero del propio año; según acreditaba con el acta que acompañaba (documento número 3).

Tercero: Que dicho don Federico había dispuesto su última voluntad según referido testamento en la siguiente forma: a) Declaró ser católico, b) Que su esposa, doña Marcelina , disfrutara durante toda su vida, en calidad de usufructo, de todos cuantos bienes y negocios existieran de la propiedad del testador a la hora de la muerte, c) Declaró que su esposa había aportado al matrimonio cantidades de dinero con las cuales se habían realizado obras y mejoras en las fincas propiedad del testador y que, por tanto, y con el fin de que pudiera en el caso necesario disponer de cantidad de dinero, bien por enfermedad, bien por alguna otra causa, "queda en libertad de poder vender, permutar, hipotecar, etc.", el trozo de huerta que unió a la antigua con su pozo correspondiente, el cual se hizo también con el referido dinero y aportado por ella, d) Que respecto a la fábrica de mosaico y piedra artificial y en el caso de que su esposa no pudiera llevarla directamente, por temor a un fracaso, por tratarse de una industria no muy fácil de regir por una mujer pueda arrendarla, venderla o traspasarla", y, en éstos últimos casos, emplear el importe del traspaso o venta en otros negocios, o emplearlo en valores, acciones etc., cuyos beneficios o ventas los disfrutaría ella durante su vida, e) Que todos cuantos animales de todas clases existan a la hora de su muerte quedarán en poder de la esposa y, por tanto, dispondría de ellos en la forma que le interesase, f) Respecto a todos los muebles, ropas y enseres, etc., su esposa indicaría a los herederos definitivos, que lo eran de su propiedad, si bien podría disponer de todos libremente, g) Que a la muerte de su esposa pasaría todo en propiedad de sus sobrinos por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes" que su dicha esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiere correspondido a su padre o madre, h) Que aunque a todos sus sobrinos los quería igualmente, disponía que su sobrina Dolores (Melones), por ser ahijada suya, heredaría toda la plata que hubiera en la casa que fuera de su propiedad a la hora de la muerte de su esposa y que dejaba en libertad a ésta para que todos aquellos objetos que no sean apropiados para ella, pueda distribuirlos en vida a sus hermanos o sobrinos. De cuanto antecedía se infiere que la herencia de don Federico , no podía diferirse hasta la muerte de su esposa, puesto que a más de las facultades de disposición que le confirió, concretamente se refería a los herederos definitivos y éstos no podían existir hasta que ocurriera el fallecimiento de su esposa, ya que el testador preveía la posibilidad del fallecimiento de algunos de ellos anteriormente a doña Marcelina , para cuyo supuesto disponía que fueran los hijos, si los hubiera, del sobrino premuerto, los que heredarían lo que hubiera correspondido a su padre o madre, admitiendo también la posibilidad de que algún sobrino falleciese sin **sucesión** antes que su viuda, en cuyo caso, su porción hereditaria tendría otro destino.

Cuarto: Qué al fallecimiento de don Federico , el matrimonio del actor con doña Paula , tenía un solo hijo llamado don Raúl , según justificaba con el acta de nacimiento que presentaba (documento número 4).

Quinto: Que en esta situación, el actor, como representante en el ejercicio de la patria potestad de su referido hijo y los demás demandados, obrando don Rodrigo , también como representante legal de su hijo menor don Benedicto , el día 27 de julio de 1959, otorgaron ante Notario escritura de partición de la herencia de don Federico , en que para nada se tuvo en cuenta lo dispuesto por el causante en su testamento que, en cuanto a herederos se refería, había dispuesto todo para que existieran unos herederos definitivos, los cuales, a la muerte de su esposa, recibirían en propiedad la herencia y, si alguno falleciere antes que su esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiere correspondido a su padre o madre; por tanto, mal podía heredar nadie y menos recibir bienes definitivos adjudicados cuando se daba la posibilidad de que alguno de los herederos del causante tuviera más hijos que, en ningún caso, estaban excluidos con anterioridad al fallecimiento de la viuda y también la circunstancia que el testador había previsto que falleciera alguno de sus sobrinos que dejara hijos antes de ocurrir el óbito de su esposa, para cuyo caso eran estos hijos y no su padre, que sólo tendría un derecho expectante hasta el fallecimiento de la viuda, los que tenía que heredar, estando claro que no existió jamás, según el testamento, institución de herederos en la forma que con notorio error, según se dice en el cuaderno particional, bajo el epígrafe del título sucesorio, que acompañaba (documento número 5°. Sexto: Que cuatro meses después de la fecha de dicho cuaderno, en el de noviembre de 1959, la



esposa de don Emilio , doña Paula , quedó en estado de buena esperanza y dio a luz un niño el día 10 de julio de 1960, que nació en Almazán y era hijo legítimo del matrimonio del actor y su esposa y, por tanto, sobrino carnal del testador, don Federico , como lo era su hermano Fernando, al que en la partición que impugnaban se le tuvo en cuenta como heredero, conforme resultaba de la certificación del nacimiento que acompañaban (documento número 6), siendo este niño, como todos los demás, sobrinos carnales de don Federico , heredero del causante en la misma proporción, por disposición testamentaria expresa de don Felipe, que llamó a la **sucesión** a sus sobrinos carnales, que existieran al fallecimiento de su esposa, o en defecto de sobrino carnal fallecido, a los hijos de éste que pudieran existir siempre al fallecimiento de su esposa.

Séptimo: Qué desde que este niño vino al mundo, el actor se había esforzado en hacer comprender a sus sobrinos que la partición era nula y que había de tenerse en cuenta ese nuevo heredero y que debía buscarse una solución amistosa, que evitara el enojo de un pleito entre parientes tan cercanos y, como estas gestiones habían fracasado, se veía en la necesidad de formular la presente acción. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declarase: Primero: Que don Guillermo era heredero testamentario de su tío, don Federico , y como tal habría que considerarle y tenerle en cuenta en la partición que de los bienes del expresado causante se hiciera. Segundo: Que, como consecuencia de la anterior declaración, era nula y sin ningún valor ni efecto, la escritura de partición y adjudicación del haber hereditario de don Federico , otorgada en Almazán (Soria), el 27 de julio de 1959, ante Notario, y haberse otorgado, con error, que viciaba el consentimiento. Tercero: Que, asimismo, eran nulas las inscripciones de dominio de nuda propiedad y usufructo que se hubieran producido en el Registro de la Propiedad, como consecuencia de las adjudicaciones hechas en la citada escritura de partición de los bienes relictos, por fallecimiento de don Federico , otorgada en Almazán el día 27 de junio de 1959, ante Notario y, ordenar, por tanto, la cancelación total de las mencionadas inscripciones, para lo que se libraría el oportuno mandamiento al señor Registrador de la Propiedad. Cuarto: Que, además* era necesario declarar lo anterior para reservar el derecho a la parte de herencia que pudiera corresponder a los hermanos causantes que aún vivían (don Andrés y don Manuel, en concurrencia» con los demás sobrinos, hijos de otros hermanos), en el supuesto de que alguno de los instituidos premuriera a la viuda, doña Marcelina , sin dejar **sucesión**. Quinto: Que se ordenase a los demandados estar y pasar por dichas declaraciones, condenándoles en las costas, á lo que se opusieren a la demanda.

RESULTANDO que admitida la demanda, se acordó por el Juzgado practicar la anotación preventiva de aquélla, previa prestación de la oportuna fianza, y emplazados los demandados doña Marcelina , don. Silvio , doña Concepción , doña Angelina , don Santiago , don Benedicto , doña María Inés , doña Amelia , doña María Milagros y doña Valentina , y don Silvio , los cuales comparecieron en los autos, representados por un Procurador y por escrito de fecha 23 de noviembre de 1961, contestaron la demanda, alegando primeramente las excepciones de falta de legitimación activa del actor para representar a su hijo menor don Jesús Carlos , así como la falta de legitimación pasiva de los demandados doña Marcelina y don Rodrigo , y formulando ha continuación como hechos de la contestación, en síntesis, los siguientes:

Primero: Que estaban de acuerdo con el correlativo.

Segundo: Que también reconocían el del mismo número de la demanda.

Tercero: Que estaban de acuerdo con el correlativo en cuanto 1 los hechos en sí de una manera objetiva, pero discrepaban en absoluto de las consecuencias que deducía el demandante; que de dichos hechos no podía deducirse que la herencia de don Federico , no pudiera diferirse, hasta la muerte de su esposa. Que a la conclusión que llegaba la parte actora se oponían los siguientes motivos: Primero: Se basaba la parte demandante en una interpretación caprichosa de la palabra definitivos (los herederos), ya que decían que por ser así no podían existir hasta el momento de la muerte de la usufructuaria; que "definitivo" significaba según el Diccionario de la Academia Española, lo que decide, resuelve o concluye una cosa o una situación, no una cosa que tenga que suceder, como quería el demandante; el testador, en su testamento establecía dos clases de personas que habían de disfrutar de sus bienes, de una parte su viuda, en concepto de usufructuaria, y de otro, los sobrinos carnales, nudos propietarios, que a la muerte de la usufructuaria serían los herederos definitivos, decidiendo, resolviendo y concluyendo la situación creada por el testador durante el tiempo que durase el usufructo; que esta cláusula del testamento que la parte contraria presentaba, como piedra angular de su teoría, no tenía otro significado que el que acababan de dar, por lo que se refería a su sentido gramatical estricto, pero todavía resultaba más clara si la analizaban a la luz de una interpretación lógica; que el testador lo que había querido en referida cláusula era simplemente evitar que "los herederos definitivos" pudieran considerar como bienes propios del causante, bienes que eran de la exclusiva propiedad de su viuda y en evitación de posibles discrepancias entre una y otros, y manda que sus sobrinos tengan que aceptar como bienes propios de don Felipe, lo que su viuda les señale; que por otra parte, era lógico que esta indicación, para evitar suspicacias, se hiciera por la viuda, al principio del usufructo y no después de extinguido éste como



quería la parte contraria. Segundo: En cuanto a la otra frase de la cláusula que dice "que a la muerte de mi esposa pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales", a pesar de su claridad meridiana, también intentaba la parte contraria forzar su interpretación, cuando en realidad no tenía más significado, que el que literalmente expresa; "en cuanto a la continuación de esta cláusula, cuando dice, "mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarán la parte que hubiera correspondido a su padre o madre", tampoco admitía que se coligiera que los herederos definitivos no puedan existir hasta la muerte de la usufructuaria, porque precisamente indica lo contrario, que el testador ha considerado al sobrino premuerto.

Cuarto: Que - estaban conformes con el correlativo de la demanda.

Quinto: Que era cierto el otorgamiento de la escritura de partición otorgada ante Notario el 27 de julio de 1959, a la cual dieron su conformidad los otorgantes, entre ellos el demandante, que era el único que tiene el título de Letrado; y la discrepancia que oponían al correlativo radicaba en la consecuencia que de dicha escritura deducía la parte demandante; que se decía de contrario que en esta escritura "no se tuvo en cuenta para nada lo dispuesto por el causante en su testamento, como se hacía constar en la cláusula séptima", a lo cual volvían a repetir que el demandante era el único otorgante que reunía la condición de Letrado al otorgarse la escritura, pero sin duda pensaba que estaba interpretando correctamente la voluntad de su fallecido hermano; y este cambio de opinión operado ahora era debido a la misma errónea interpretación dada a la palabra "definitivos", que ya habían comentado; que examinado el testamento por parte alguna se veía que no se hubiera tenido en cuenta la voluntad del testador, al practicarse la escritura de partición; resultando evidente que el testador dejaba para que lo disfrutara durante toda su vida" a su esposa el usufructo de todos sus bienes y, a sus sobrinos carnales los instituía nudos propietarios; que lo que ocurría era que el demandante estaba obcecado por su error inicial de interpretación y veía todas las cosas sobre ese plano, cuyo error consistía, insistían nuevamente, en considerar que no pueden existir herederos definitivos hasta el fallecimiento de la usufructuaria.

Sexto: Que era cierto que cuatro meses después de la fecha del cuaderno particional, la esposa de don Emilio dio a luz un niño el 10 de julio de 1960, pero no lo era que este niño fuese heredero del causante, don Federico , porque era incierto que éste lo llamase a la **sucesión** por disposición testamentaria expresa como se decía en el correlativo, siendo lo cierto que en dicho testamento instituyó herederos a los sobrinos carnales, no a los que existieran al fallecimiento del testador

Séptimo: Que era cierto que don Guillermo había querido hacer comprender a los demandados que la partición era nula. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, entre ellos las dos excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, mencionadas al principio de la contestación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que acogiendo las referidas excepciones o bien entrando en el fondo del asunto, se les absolviera de la demanda, imponiendo las costas a la parte demandante.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la representación de la parte actora, lo evacuó ratificando los hechos y fundamentos de derecho de su escrito de - demanda y terminando por suplicar se dictara sentencia que contuviera las declaraciones solicitadas en dicho escrito, a excepción de la señalada con el número cuarto, que no reproducía; y conferido a la parte demandada traslado para duplica, lo evacuó, igualmente, reproduciendo los hechos y fundamentos legales de su escrito de contestación, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que y como, ya tenían interesado, acogiendo las excepciones formuladas o entrando en el fondo del asunto, se les absolviera de la demanda, en la que se tendría como base de las peticiones formuladas las contenidas en el suplico de la demanda, rechazando las contenidas en la réplica, en lo que no se ajustaban a aquéllas, sin permitir la eliminación de la petición cuarta de la demanda, que debía considerarse a todos los efectos como válida, condenando además a los demandantes en las costas causadas.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, sé practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial y documental; y a solicitud de la parte demandada la documental; y unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes el traslado de conclusiones, el Juez de Primera Instancia de Almazán dictó sentencia, con fecha 23 de abril de 1962 , por la que acogiendo las excepciones de defectuosa constitución de la relación jurídico procesal y falta de acción en el actor, declaró ño haber lugar a entrar a resolver sobre el fondo del asunto; sin hacer expresa imposición de costas.

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, el cual le fue admitido en ambos efectos, remitiéndose en su consecuencia las actuaciones a la Audiencia Territorial de Burgos, y sustanciada la alzada por sus trámites, la Sala de lo Civil de dicha Audiencia, dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 1962 , por la que revocó la apelada, y estimando la excepción- de falta de legitimación pasiva de don Rodrigo y desestimando las restantes excepciones



propuestas, desestimando, asimismo, la demanda y absolviendo de ella a los demás demandados, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

RESULTANDO que él Procurador don Fernando Mezquita Ortega, en nombre y representación de don Emilio , que acciona en nombre propio y como representante en el ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores de edad, don Jesús Carlos y don Guillermo , interpuso contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación por infracción de Ley, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero: Amparado en el número primero del artículo 1.961 y número primero del artículo 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por aplicación indebida de los artículos 657 y 661 del Código Civil , y doctrina sentada en las sentencias de este Alto Tribunal de 24 de junio de 1940 y 6 de diciembre de 1927 entre otras; que la sentencia estima que el testamento ológrafo de don Federico de 19 de febrero de 1957 está "debidamente averdado y protocolizado"; que la sentencia recurrida contiene un pensamiento vacilante al suponer "evidente" que el llamamiento, es a los "colaterales consanguíneos de tal grado" -sobrinos- que vivan al tiempo de fallecer el causante" afirmar después la existencia de una "eventual indeterminación de herederos" y terminar pensando que por la muerte de su sobrino con **sucesión** antes que la esposa "puede crearse una situación de pendencia durante la cual corresponde a la usufructuaria una titularidad interina"; que proviene este razonamiento de haberse aplicado indebidamente los artículos 567 y 661 que contemplan supuestos de carácter general que no pueden servir de norma en este caso; porque no se ha tenido en cuenta que en el testamento de don Federico , se ha dispuesto respecto a los muebles, ropas, etcétera, que de la esposa dedicara "a los herederos definitivos" los que son de su propiedad; también se ha dicho que "a la muerte de mi esposa pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales"; que asimismo se ha declarado: "si alguno de estos sobrinos falleciera antes de mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarán la parte que hubiera correspondido a su padre o madre"; y que al instituir el legado de la plata a su sobrina Dolores (Melones) reitera su pensamiento de que el legado se herede y tome por la legataria "a la hora de la muerte de mi esposa"; de todo lo cual se infiere, que hasta el fallecimiento de la, esposa, doña Marcelina no puede conocerse quiénes son los herederos definitivos del causante; que los artículos 657 y 661 del Código están enclavados en el ordenamiento jurídico del mismo bajo la rúbrica de "Disposiciones generales" el artículo 657 al decir que "los derechos a la **sucesión** de una persona se transmiten desde el momento de su muerte", establece una primera etapa de lo que se ha llamado en la doctrina "proceso hereditario", exigiendo en primer término la existencia de un heredero conocido y determinado concediendo "Los derechos a..." y refiriéndose al instante de la "herencia yacente"; después ha de venir "la herencia indivisa", cuyo supuesto sólo se da en la pluralidad de los herederos; y por último, "la herencia dividida y adjudicada" y como desde el fallecimiento del causante, hasta que el heredero entra en posesión de los bienes de la herencia, puede transcurrir mucho o poco tiempo, este mismo precepto artículo 657 del Código Civil , se complementa Con" el 989 que "los efectos de la aceptación o de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona, a quien se hereda", sin que a esto sea obstáculo lo que manifiesta el artículo 661 al decir que "los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones", ya que ese momento de la **sucesión** puede coexistir con el hecho de que los herederos no estén determinados en el instante de ocurrir el óbito el "de cuius"; por ello, interpretando el artículo 657 y siguientes del Código Civil , ha dicho la jurisprudencia de esta. Sala que los artículos 657 al 661 sólo establecen disposiciones generalísimo sobre la **sucesión** hereditaria (sentencias de 24 de junio de 1940 y 6 de diciembre de 1927 , entre otras), de suerte, que concluían expresando que los artículos citados, así como el 440 del mismo cuerpo legal, son de aplicación a toda clase de herencias que no ofrezcan una particularidad específica impuesta por el testador; porque cuando ello sucede hay que estar, siempre que la institución sea válida, a lo que el testador haya dispuesto; y sentada como premisa incuestionable que don Federico instituyó por sus herederos a sus sobrinos carnales existentes a la muerte de su mujer y esto era un hecho, porque los que no existan y dejen herederos cederán en beneficio de éstos su derecho- no cabe duda de que el alcance que a los tan citados 657 y 661 del Código Civil se da en la sentencia, constituye un caso de aplicación indebida de los mismos; que en cuanto a la sentencia que se cita como complemento de los artículos 657 y 661 del Código Civil , de fecha 25 de noviembre de 1944, manifiestan que contempla un caso distinto a éste, disponiendo de la nuda propiedad en cuatro porciones iguales que habrían de aplicarse, una--desde luego en ambos dominios--al mismo usufructuario y las tres restantes a cada cual de sus tres hermanos, diciendo que si ocurriera el fallecimiento de los herederos en propiedad, sin dejar alguno de ellos **sucesión**, su parte acrecería a los demás, y si la tuvieren los heredarían por derecho de representación sus descendientes; que el supuesto es distinto, puesto que ni puede darse el derecho de representación, ya que los herederos no son hermanos, sino sobrinos carnales del testador, ni ha dejado de existir una nuda propiedad desde el primer momento de ocurrir el óbito a favor de los otros tres hermanos disminuidos en su derecho con respecto a aquél que había sido: declarado heredero en usufructo de casi todo el haber hereditario; y a pesar de ellos, en esta sentencia se declara que uno de los hermanos, el nombrado don Antonio, vendió la nuda propiedad, haciéndose constar tanto en la escritura pública, como en las inscripciones "que la venta quedaba sujeta a la condición resolutoria de que



el vendedor falleciese dejando descendencia, condición que le fue reproducida en sucesivos títulos de venta e inscripción que dichas fincas, entre los años 1925 y 1939" y si bien se declara en la sentencia examinada la inexistencia de una condición "propiamente dicha" es "porque el evento de que el instituido sobreviviese al testador es presupuesto que va implícito "ex lege" en la efectividad de la institución testamentaria"; es decir, no había condición "propiamente dicha", sino, en todo caso, "condición impropia o aparente" en un supuesto completamente distinto al presente, porque mientras en éste el momento se relaciona con la muerte de la usufructuaria, el de la sentencia que se contempla, dice que el momento se ordena la posibilidad de que el instituido "sobreviva al testador", lo que es "presupuesto que va implícito "ex lege" en la efectividad de toda institución- testamentaria" claro es que el sobrino nacido después del testador le ha sobrevivido; como le sobreviven también esos otros sobrinos que pueden premorir a la viuda usufructuaria y transmitir su derecho, no por una representación reconocida en la Ley, sino por disposición expresa del causante a sus hijos.

Segundo: Amparado en el número 1.º del artículo 1.691 y número 1.º del artículo 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por no aplicación (sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de agosto de 1945 y 8 de enero de 1946) de los artículos 790, 759, 658, 114 y 801 del Código Civil y la doctrina contenida en las sentencias de 25 de marzo de 1913, 27 de enero de 1934, 17 de marzo del mismo año y 20 de octubre de 1954; que en el Considerando decimotercero se declara: "la situación de dependencia durante la cual corresponde a la usufructuaria una titularidad interina... no es la del heredero condicional, cuya eficacia pende de una condición suspensiva, sino que implica una vocación doble o institución única, similar en sus efectos a la típica sustitución vulgar...", sin embargo, entendían hallarse ante un caso típico de institución hereditaria bajo la condición amparada en el artículo 790 del Código Civil que manifiesta que "las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición"; que en esta condición es "la del fallecimiento de la viuda" hasta cuyo momento no se puede saber exactamente quiénes serán los herederos, aunque se conozca que éstos serán los sobrinos carnales que la sobrevivan, por partes iguales, o éstos y los hijos que tuviere el premuerto; en caso semejante dictó este Alto Tribunal su sentencia en 25 de marzo de 1913; podrá en hipótesis discutirse si es condicional la institución "que dice: "que a la muerte de mi esposa pasará todo en propiedad -hasta entonces no hay propiedad posible- a mis sobrinos carnales por partes iguales", pero no cabía duda, como dice la sentencia de 27 de enero de 1934 que la institución hecha con la fórmula "mas si alguno de estos sobrinos falleciera antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiere correspondido a su padre o madre" es una institución condicional que beneficia a don Guillermo, porque deja, una vez más, abierta la **sucesión** hasta el fallecimiento de la viuda; encontrándose ante la condición suspensiva a que se refiere el artículo 759 del Código Civil cuando dice: "el heredero... que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva 'al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos", claro es, cuando no, hay dispuesto otra cosa el testador; porque como bien dice el artículo 658 del Código Civil, "la **sucesión** se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y a falta de éste por disposición de la Ley"; en este caso, si el testador no hubiere dispuesto que si alguno de los sobrinos falleciera antes que la esposa y tuviera descendencia "sus hijos heredarían la parte que hubiere correspondido a su padre o madre" -estos hijos de sobrinos no hubieran podido heredar jamás, porque no les asistía el derecho de representación- y si la herencia se difería al morir el testador, y los sobrinos carnales recibían la propiedad de la cuota que les pudiera corresponder en ese momento sobraba la previsión del testador, porque los hijos del premuerto heredarían de su padre o madre la porción proveniente de don Federico, como heredarían "presto de los bienes que pertenecieran a su padre o madre; ello, en una segunda transmisión; la primera sería la de don Federico al sobrino o sobrina carnales, y la segunda del que falleciera de éstos, a sus hijos mientras que en la forma en que hizo el llamamiento el "de cuius" no puede haber en el supuesto del fallecimiento de sobrino o sobrina carnales con anterioridad al óbito de la viuda, más que una transmisión; la de don Federico a los sobrinos hijos del sobrino o sobrina carnales premuertos; citando a tales efectos, las sentencias de este Alto Tribunal de 17 de marzo de 1934 y 20 de octubre de 1954.

Tercero: Amparado igualmente en el número 1.º del artículo 1.691 y número 1.º del artículo 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea de los artículos 658 y 665 y de la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1952, 1 de diciembre de 1915, 28 de abril de 1894, 17 de junio de 1915 y 6 de marzo de 1944; partiendo de la realidad proclama en el artículo 658 del Código Civil de que la voluntad del causante y sólo ella debe ser decisiva para el destino del patrimonio; la **sucesión** "ex testamento" debe ser el fruto de la espontánea, verdadera y exclusiva voluntad del disponente, según la doctrina científica "la búsqueda de la voluntad real- efectiva tiene una importancia mayor, que en los negocios "intervivos" y que hay que asegurar "la seriedad de la voluntad" y "que esté exenta de vicios"; claro es que para ello había que recordar, aunque aparentemente resulte pesado, la cláusula fundamental y que- dice así: "que a la muerte de mi esposa, pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiera correspondido a su padre ó madre"; después de la cuestión fundamental: la necesidad de que muera la esposa para que puedan pasar "todo en propiedad a (sus) sobrinos carnales" y la no menos esencial de



que en el caso de fallecimiento de algún sobrino-carnal "antes que (su) esposa" lo primero que salta a la vista es la imposibilidad de hacer "partes iguales" durante Ja vida de la esposa; porque si muriera alguno de los diez sobrinos; entre los que indebidamente se ha repartido la herencia antes de la esposa, la partición sería no entre diez, sino entre un número distinto, y si hacía -como nació don Guillermo , con posterioridad a la muerte del testador y con anterioridad al fallecimiento de la esposa- la partición viviendo los diez entre los que se ha repartido la herencia, tampoco sería entre diez, sino entre once; que el Código Civil contiene en el artículo 675 una regla de interpretación de rigurosa observancia: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En: caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento" alegando en apoyo de dicho texto legal las sentencias de 4 de marzo de 1952 , 1 de diciembre de 1915 , 28 de abril de 1894 , 17 de junio de 1915 , 6 de marzo de 1944 , 9 de octubre de 1943 , 8 de agosto de 1940 y 3 de junio de 1942 ; y el contenido del testamento, que forma un todo orgánico y sistemático en el que el pensamiento del testador se repite sin duda alguna de la cruz: a la fecha, transcribiendo a continuación las cláusulas primera, segunda y tercera del testamento y manifestando que el usufructo universal concedía la libertad a la viuda de disponer del "trozo de huerta" que en la escritura de partición de 27 de julio de 1959 -cuya nulidad habían pedido, así como la cancelación; de las inscripciones que ha motivado en el Registro de la Propiedad de Almazán (Soria)- tiene el número 51 del inventario de la misma; y con respecto a ese bien, había sucedido que en la adjudicación que se le hizo para pago de su haber se ha dicho que se le adjudicaba: "b) El usufructo con facultad de disposición de la huerta descrita en el número 51 del inventario de esta escritura" y al pagar los haberes a los herederos sé dice que se adjudica, a cada uno de ellos: "a) Una décima parte en proindiviso de la nuda propiedad de las fincas rústicas y edificaciones reseñadas en el inventario de esta escritura, excepto la finca número 51"; de manera es que, como puede ocurrir que al fallecimiento de la viuda esta señora no haya dispuesto de la huerta, ésta tendría que ser dividida entre la partición de todos los bienes del causante, se puedan efectuar en vida de doña Marcelina y que, por tanto, en el supuesto del fallecimiento de algún sobrino carnal éstos puedan heredar por partes iguales, como fue propósito decidido del testador, transcribe a continuación la cláusula-cuarta, expresando que como la fábrica, formaba parte de la finca descrita en el número 51 del inventario de la escritura de partición de 27 de julio de 1959 referida, daban por reproducido lo manifestado anteriormente. Respecto a la cláusula quinta expone que las cláusulas siguientes son las que constituyen la esencia del testamento de don Federico que ha motivado el pleito; en ellas podrá observarse cómo el pensamiento del testador va afirmándose en la idea de que la herencia no se difiera hasta la muerte de su mujer, y que los herederos fueran todos sus sobrinos carnales por partes iguales, y que el conocimiento de ellos no presidía su propósito, porque también declara que en el caso de fallecimiento de cualquier sobrino o sobrina carnal antes de su esposa hereden los hijos de éstos aquello que hubiese podido corresponder a su padre o madre; y si para estos herederos desconocidos para el causante -hijos posibles de sobrinos carnales- propuestos en la **sucesión** abintestado al cónyuge viudo - artículo 952 del Código Civil - y último eslabón en esta clase de heredamientos -artículo 954 - tiene don Federico la deferencia de declararles expresamente herederos en el caso de que el padre o madre -sobrino carnal- falleciera antes de su esposa; transcribe la cláusula sexta exponiendo que había dispuesto antes el testador que su viuda -usufructuaria universal- podía disponer del "trozo de huerta que se unió a la antigua" -cláusula segunda - que podía arrendar, vender o traspasar "la fábrica de mosaico y piedra artificial" que le legaba en propiedad, "cuantos animales de todas clases existieran a la hora de su muerte" y siguiendo un pensamiento lógico habla ahora de herederos definitivos, porque no sabe a ciencia cierta cuántos -no señala número ni nombre- ni cuáles pueden ser; observando la cláusula séptima se ve que continúa el pensamiento del testador sin variación alguna; y como consecuencia de aquel llamamiento a los herederos definitivos, quería que a la muerte de su esposa hereden, los sobrinos carnales por partes iguales, y en el caso de que alguno de ellos premuriese a la vida, que sean éstos los hijos del premuerto los herederos definitivos; notándose que el testador no habla de propiedad plena o menos plena; se refiere concretamente a que "pasara todo en propiedad" a sus sobrinos carnales, porque este señor que hace un testamento ológrafo y no es "perito en Derecho, piensa que la propiedad está retenida, por así decirlo, por la esposa hasta su fallecimiento, y es cuando éste ocurra, únicamente, cuando hay verdaderamente herederos definitivos, para él ignorados porque su esposa es mucho más joven que él y hace el llamamiento a favor de sus sobrinos carnales o de éstos y sus hijos, "si alguno o algunos premuriesen a su mujer; en la cláusula octava se ve que continúa presidiendo en la mente del testador la idea de retener todo hasta la hora de la muerte de su esposa; mas como la consideración de que en esta cláusula se diga: "que aunque a todos mis sobrinos les quiero igualmente..." ha motivado el que la sentencia recurrida se apoye en ella para decir que al emplear "el verbo en presente referido al completo, indica que está aludiendo a los expresados parientes que él conoce y, por tanto, existían al tiempo, del otorgamiento"; manifestando el recurrente que, como ya se ha expresado, el testamento constituía un todo orgánico y sistemático en el que no es lícito truncar una frase para obtener un resultado y esta cláusula, vuelve a aludir "a la hora de la muerte, de mi esposa" y en todo caso lo que querrá decir es que entre todos los sobrinos de entonces hace la distinción de la manda, porque Melones es su ahijada; muy extraño es que la Sala no armonice la cláusula institucional



en que se instituyen los herederos -la séptima - para resolver este caso, aunque tenga que apelar a ella de un modo forzoso interpreta como un único caso de diferir a la institución hereditaria; de los- huérfanos herederos teniendo que darle la forma de sustitución vulgar; si en lugar de tomar ese inciso de la cláusula se considera toda ella, se hubiera visto por dicha Sala que con el legado a la ahijada del testador aparece claro el sentido y la intención de la disposición-testamentaria en ambos casos y en todos, siempre difiere, aun en este legado, el cumplimiento y la voluntad del otorgante a la muerte de su consorte, por la razón bien plausible y patente de que disfrute ella todo cuando estaban juntos en vida, sin perjudicar a ningún sobrino respecto a la herencia definitiva, todo para ellos es condicional; pero condicionado a un plazo incierto pero seguro, cual es la muerte de la viuda "certus an in certus quando" como advierte la sentencia de este Alto Tribunal de 4 de marzo de 1952; y si se hizo a su tiempo la partición de bienes, conforme a los artículos 657 y 661 del Código Civil - como afirma- la sentencia recurrida- no eran ya propietarios los sobrinos carnales de su parte alcuota y si son propietarios de ellas sus descendientes heredarán la que corresponda a sus ascendientes fallecidos sin que tengan nada que ver con que muera o no la viuda de don Federico .

Cuarto: Basado en el número 1.º del artículo 1.961 y número 1º del 1962, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción por violación de los artículo 790 , 658 , 759 , 675 , 991, 1.054 y 768 del Código Civil ; y la doctrina sustentada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de marzo y 12 de noviembre de 1934 , 29 de noviembre de 1933 , 29 de noviembre de 1935 ; 6 de marzo de 1944 , 17 de marzo de 1934 , 2.9 de octubre de 1904 , 1 de febrero y 9 de julio de 1910 , 29 de diciembre de 1917 , 9 de julio de 1927 , 9 de abril de 1928 y 24 de marzo de 1930 ; y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 9 de Julio de 1903 , 23 de julio de 1924 , 31 de enero de 1931 , 22 de marzo de 1939 , 22 de junio de 1943 y 12 de enero y 22 de mayo de 1944 ; ocupándose en este motivo del porqué era apto para ser heredero de don Federico , su sobrino don Guillermo , que ni cuando testó el demandante, ni cuando falleció, había sido concebido y menos nacido; que en la doctrina científica se reconocía que aunque los no concebidos están fuera del derecho de la persona, la razón de equidad e igualdad de los hermanos, estén o no concebidos, nacidos o no al morir el testador, hacía que la doctrina moderna hable del "concépturus" como objeto de adquisición de derechos; que según dicha doctrina "cuando fallecido el testador resulten llamadas a sucederle personas que no hayan nacido todavía, puede perfectamente el legislador sin gran violencia institucional, establecer la eficacia y mantenimiento de tal llamamiento hasta que dichas personas existan o devenga imposible su existencia. El derecho cuenta con soluciones, fórmulas o materiales con los que construir o precisar la situación que se produzca en tal interregno"; que en el caso de autos era el propio testador el que había dado solución, al problema, porque el interregno estaba llenado por la institución del usufructo universal hecho a favor de la esposa, que era la administradora del caudal relicto, hasta el momento en que se produjera la delegación hereditaria con interés manifiesto en la conservación de la herencia, no sólo porque en el caso de litis se trataba de una señora de excelentes virtudes, sino también porque en su propio- interés la conservación de la herencia y su cuidado, constituía, en definitiva, su propio provecho; que don Federico llamó al "nasoiturus nordum concepti", no cabía duda alguna, puesto que instituyó herederos en caso del fallecimiento de alguno de los sobrinos carnales sin **sucesión**, a los hijos del padre o madre premuerto; que si el sobrino segundo, hijo, de sobrino carnal podía ser heredero del don Federico , mucho más tendría forzosamente que considerársele heredero al sobrino carnal, aunque fuera concebido y nacido con posterioridad a la muerte de su tío, ya que éste en ningún momento había limitado de manera expresa la **sucesión**, como erróneamente decía la sentencia, a los sobrinos que conociera; además, se tendría que considerar que para dicho testador el momento en que el heredero tenía que existir, no era otro que el del fallecimiento de su esposa, concepto reiterado en el testamento, en casi todas las cláusulas del mismo; a continuación se transcribe en el recurso el contenido del artículo 1.054 del Código Civil al hablar de la partición y manifestando que este Tribunal Supremo, con prudencia, pero con firmeza y constancia ha sostenido la validez de las cláusulas en que se reflejan derecho para personas futuras, respecto a la nuda propiedad, propiedad legada (sentencia de 12 de marzo de 1934 , 12 de noviembre de 1934 y 29 de noviembre de 1933), y a su vez, con creciente amplitud se admitía la inscripción en el Registro de la Propiedad, por la Dirección General, de los Registros, entre otras resoluciones en la de 9 de julio de 1903 y, sobre todo, a partir de la fundamental de 23 de junio de 1924, así como en las de 31 de enero de 1931, 22 de marzo de 1939, 22 de junio de 1943, 12 de enero de 1944 y 22 de mayo de 1944; todo ello porque la práctica española se había decidido por reconocer la voluntad del testador (artículos 668 y 665) por estimarla más equitativa; que don Guillermo había sido concebido y nacido después del fallecimiento del testador, mas también había sido concebido y nacido después de su muerte, un hijo de una sobrina carnal llamado a la herencia y aún podía ocurrir que nacieran por posterior matrimonio de alguno de los solteros otros niños que, al fallecer la usufructuaria se encontraran huérfanos, del padre o madre, herederos de don Federico , no siendo justo que quedase excluido de la herencia aquél e incluidos éstos; se transcribe a continuación la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1934 , la cual tenía sus antecedentes en las de 29 de octubre de 1904, 1 de febrero y 9 de julio de 1910, 29 de diciembre de 1917, 9 de julio de 1927, 9 de abril de 1928 y 24 de marzo



de 1930, salvo las pequeñas diferencias que los casos imponen, pero no cabía duda que estaba concebida en los términos propugnados y que sentaba la doctrina que debía ser aplicada al caso de autos.

Quinto: Basado en el número 1.º del artículo 1691 y en el número 7.º del 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho resultante de documento auténtico que demostraba la equivocación evidente del juzgador; que consideraba documento auténtico a tales efectos el testamento ológrafo otorgado por don Federico de 19 de febrero de 1957, en cuanto partiendo de la actuación judicial del auto que ordenó protocolizar el referido testamento, pasó a constituir, integrándose en la escritura de protocolización, una escritura pública que contiene una declaración de voluntad del otorgante, y en cuanto, además, era un testamento que hacía fe respecto a la declaración de voluntad; que el momento al que venía refiriéndose don Federico, para que sus herederos entren en propiedad de los bienes - no habla de propiedad plena, ni menos plena, aun cuando debe entenderse que se refiere a esta última, porque dejaba el usufructo de su herencia en beneficio de la viuda- era el de la muerte de su esposa, y cuando habla de muebles, ropas, enseres, etcétera, ya proclama la idea de unos herederos precisos, o de presente, sino definitivos, y al hacer la vocación de los herederos definitivos, había establecido que a la muerte de su esposa "pasara todo en propiedad a sus sobrinos carnales por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiera correspondido a su padre o madre", herederos definitivos que serán siempre aquellos que teniendo la condición de sobrinos carnales sobrevivan a la viuda, o éstos y los hijos del sobrino o sobrina carnal que la premúrieran; y al no considerarlo así, se cometía un error de hecho en la apreciación de la prueba que constituía dicho documento auténtico, como declaración de voluntad.

Sexto: Basado en el número 1.º del artículo 1.691 y número 7.º del 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando error de derecho en la apreciación de las pruebas, consistente en el valor decisivo que para el derecho se había dado a la declaración de voluntad del testador, no ajustándose a lo ordenado en el artículo 675 del Código Civil, con lo que había resultado infringido, no concediendo a la prueba que el propio testamento aporta, el valor que la Ley le concede, con lo cual se habían infringido por aplicación indebida los artículos 675 y 661 del Código Civil y la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de 24 de junio de 1940 y 6 de diciembre de 1927; que se habían violado, por no aplicación los artículos 790, 759, 658 y 1.114; y la doctrina contenida en las sentencias de 25 de marzo de 1913, 27 de enero de 1934, 17 de marzo de 1934 y 20 de octubre de 1954; que había existido interpretación errónea de los artículos 658 y el propio 675 ya referido y la doctrina de las sentencias de 4 de marzo de 1952, 1 de diciembre de 1955, 28 de abril de 1894, 17 de junio de 1915 y 6 de marzo de 1944; que se había violado lo dispuesto en los artículos 790, 658, 759, 675, 915.1.054 y 758 del Código Civil, y la doctrina de las sentencias de 12 de noviembre de 1934, 29 de noviembre de 1933, 29 de noviembre de 1935, 6 de marzo de 1944, 9 de julio de 1927, 9 de abril de 1928 y 24 de marzo de 1930, y las resoluciones de la Dirección de los Registros de 9 de julio de 1903, 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931, 22 de marzo de 1939, 22 de junio de 1943 y 12 de enero y 22 de mayo de 1944.

Séptimo: Basado en el número 1.º del artículo 1.691 y en el número 1.º del 1.692, ambos del Código Civil (sic); alegando que para establecer el concepto en que se había cometido la infracción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestaban que había existido violación, por inaplicación (sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1945 y 8 de enero de 1946) de los artículos 1.068, 1.300, 1.301, 1.302, 1.303 al 1.314, 1.255, 1.256, 1.291, 1.074, 790 y 759 del Código Civil; y asimismo, los artículos 38 y 79, regla tercera de la Ley Hipotecaria y de las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1898, 25 de enero de 1943, 7 de noviembre de 1935, 12 de diciembre de 1906, 30 de diciembre de 1939, 1 de marzo de 1934, 6 de octubre de 1953, 16 de diciembre de 1953, 15 de octubre de 1946, 11 de enero de 1938, 15 de abril de 1953, 12 de abril y 30 de mayo de 1955, 23 de noviembre y 21 de abril de 1936 y 4 de marzo de 1941, y de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de abril de 1929; que por cuanto disponen los preceptos y doctrina invocados sé hacía preciso declarar, la nulidad de la escritura de partición y adjudicación del haber hereditario de don Federico, así como con respecto a las inscripciones que por ella se habían llevado a cabo en el Registro de la Propiedad.

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que formulada la demanda, por los demandados se opusieron diversas excepciones afectantes a la falta de personalidad activa y pasiva del actor de defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, excepciones que fueron desestimadas por la sentencia de la Audiencia de Burgos, sin que contra ella se entablara por la parte demandada ningún recurso, por lo que tal declaración quedó firme por consentimiento de la parte y queda, sin necesidad de otra justificación, fuera del ámbito del presente recurso.



CONSIDERANDO que todo el problema litigioso queda así circunscrito a la interpretación del testamento ológrafo de don Federico , que falleció el 2 de febrero de 1959, siendo protocolizada su disposición de última Voluntad en 13 de marzo del mismo año y, más concretamente de su párrafo séptimo que dice textualmente: "Que a la muerte de mi esposa, pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales por partes iguales, mas si alguno de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarían la parte que hubiera correspondido a su padre o madre ", debiendo hacerse constar que la esposa del testador vive en la actualidad y que es designada usufructuaria de todos los bienes del testador, con facultad de disponer de determinada parte de finca y estatuyendo algunos legados de cosa específica, pero sin que exista en el testamento ninguna otra cláusula de institución de herederos; interpretación que habría de hacerse conforme a las normas que señala el artículo 675 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala que viene proclamando la supremacía de la voluntad real del testador sobre el sentido literal de las palabras empleadas para expresarla.

CONSIDERANDO que surge la discrepancia entre las partes interpretando la transcrita cláusula testamentaria por entender el demandante, basado en el contenido de los artículos 790 , 759, 1.114 y 801 del Código Civil , que se trata de una institución condicional consistente en el acaecimiento del fallecimiento de la esposa del testador, usufructuaria de los bienes, a cuyo momento se difiere la herencia a las personas que sean sobrinos carnales del testador; en tanto que los demandados, con sustentación en los artículos 657 y 661 del mismo Cuerpo legal , sostienen que "sólo pueden heredar los sobrinos de dicho grado vivientes en el momento del fallecimiento del causante; y habida cuenta que admitida en nuestra legislación la **sucesión** condicional tanto en su aspecto suspensivo, como resolutoria y, por la misma razón, las a plazo o término, la representación y el fideicomiso en ciertos casos es evidente que tanto la interpretación literal de la cláusula debatida, como la voluntad real del testador, al hacer designación como herederos a sus parientes de cierto grado, sin especificación de nombre, ni limitación alguna y referida, siempre al momento del fallecimiento de su esposa, supedita la institución a la condición de que al llegar ese término la sucedan todos sus parientes en el grado que marca, hubieran o no nacido al momento de su muerte.

CONSIDERANDO que confirma el sentido de la anterior, interpretación el estudio de la segunda parte de la cláusula en cuestión; ya que si establece una sustitución vulgar en favor de los hijos de sus sobrinos carnales para el caso de que éstos fallezcan antes que su, esposa, con mayor razón debe entenderse que no priva de la herencia a ninguno de sus propios sobrinos carnales, que no nacidos al momento de su muerte, pudieran nacer, antes de tal fallecimiento; criterio corroborado por el examen de las restantes cláusulas del testamento, en que todo, incluso los legados y la cuantía del caudal relicto -supeditado abuso que haga la usufructuaria de las facultades que le concede- se remite al momento del fallecimiento de su esposa 1 en el ejercicio de su libertad de testar por "carecer de herederos legitimarios, como declaró la sentencia de esta Sala en caso de alguna analogía de 31 de mayo de 1928 .

CONSIDERANDO que no se opone a la anterior doctrina el contenido de los artículos 657 , 661 y 758 del Código Civil , pues si bien es cierto que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte y desde este momento nacen los derechos de **sucesión**, no lo es menos que su efectividad puede demorarse por las instituciones condicionales o a plazo, en que hasta que ésta se cumpla queda retardada, en situación de derecho expectante, como lo demuestra el propio 758 que si bien ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador, contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atiende además al en que se cumpla la condición; y en su consecuencia si el no nacido, ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, lo obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición y de tal debe reputarse la institución de heredero al momento de extinción del usufructo.

CONSIDERANDO que con mayor razón y por tratarse de una **sucesión** condicional, nunca debió, hacerse la partición hasta que la condición se cumpliera; sobre todo en casos como el estudiado en que no puede determinarse el número de herederos que incluso puede ser menor de los que figuran en la realizada si fallece alguno de los sobrinos nombrados herederos sin **sucesión** legítima, ni tampoco el caudal relicto susceptible de variar si la usufructuaria hiciera uso de las facultades de disposición que el testador le concede.

CONSIDERANDO que presupuestos los precedentes razonamientos, procede casar y anular la sentencia recurrida por los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo del recurso que se articulan por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites en que se denuncian diversas infracciones de los preceptos antes citados en la forma en que son aplicados por aquélla.

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don Emilio , en nombre propio y como representante de la patria potestad de sus hijos menores



de edad, don Jesús Carlos y don Guillermo , contra la sentencia que con fecha 25 de octubre de 1962 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos , la cual casamos y anulamos, sin hacerse" expresa condena de costas; y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e" insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Serrada.-Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu. Manuel Lojo. Federico Rodríguez Solano. José Beltrán de Heredia. Rubricados.

Publicación-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certificó.-Emilio Gómez Vela.

FONDO DOCUMENTAL CENDO