

Id Cendoj: 28079110012010100719
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 973/2007
Nº de Resolución: 710/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Interpretación de testamento. Legado de usufructos sucesivos. Aplicación de las normas del fideicomiso.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, por D. Justiniano , D. Leon , D. Lucio , Dª Magdalena y Dª Marina , representado por el Procurador de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Cañas contra la Sentencia dictada, el día 30 de diciembre de 2006, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 256/2006 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, en el procedimiento ordinario nº 228/05. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Jorge Deleito Garcia, en nombre y representación de D. Justiniano , D. Leon y D. Lucio , Dª Magdalena y Dª Marina .Asimismo se personó el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Dª Verónica , en calidad de tutora de su hijo D. Jose Manuel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Verónica , quien actúa en nombre y representación de su hijo Jose Manuel contra Dª. Magdalena , Dª Marina , D. Justiniano , D. Lucio , Y D. Leon . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*.... se dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda:*

1. Se declare la condición de colegatario de Don Jose Manuel en los bienes que componen el Legado a que se refiere la presente demanda de D. Alberto , condenándose a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

2. Consiguientemente, se declare que D. Jose Manuel es titular dominical de una participación indivisa de una cuarta parte de una sexta parte sobre los bienes relacionados en el hecho cuarto de la presente demanda.

3. Se condene a los colegatarios codemandados a que den efectividad a la anterior declaración, otorgando cuantos documentos públicos y privados fueren precisos a tal fin.

4. Se condene expresamente a los demandados al pago de las costas que causaren en este procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de Dª. Magdalena , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "*... tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales, se estimen las excepciones planteadas, o, en su caso, se dicte sentencia desestimatoria de la pretensión de la demanda, con expresa imposición de costas, en todo caso, a la parte demandante*".

La representación de D^a Marina , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... *tenga por planteadas la falta de autorización judicial a favor de D^a Verónica para interponer demanda en nombre de su hijo D. Jose Manuel , tenga por planteada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la de exigencia de demanda previa o simultánea exigida por el párrafo segundo del art. 38 de la Ley Hipotecaria , y por contestada la demanda deducida de contrario, y tras los trámites legales, se sirva dictar sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada, y con expresa imposición de costas a la parte actora*".

La representación de D. Justiniano , D. Lucio y D. Leon , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...*dicte en su día sentencia por la que, a virtud de la falta de acción de la demandante para promover estas actuaciones en nombre de su hijo D. Jose Manuel , por las excepciones de falta de litis consorcio pasivo necesario, y de ausencia de previa o simultánea acción de nulidad de las inscripciones registrales existentes y en todo caso por las consideraciones que afectan al fondo del asunto, desestime íntegramente la demanda y absuelva a mis representados de todos los pedimentos que se contienen en su súplica, con expresa condena a la demandante de todas las costas que se originen en el procedimiento*".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a Comparecencia Previa la que tuvo lugar en el día y hora señalado y se acordó el recibimiento a prueba, en el que las partes solo interesaron que la documentación aportada junto a la demanda y escritos de contestaciones se declarara reproducida en fase probatoria. Verificado y no habiendo ninguna otra diligencia que practicar, se concedió el plazo de cinco días la parte para conclusiones lo que se verificó por escrito.

El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Sevilla, dictó Sentencia, con fecha 25 de julio de 2005 , y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO las excepciones de FALTA DE CAPACIDAD DE LA ACTORA, FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA E INADECUACIÓN DE LA DEMANDA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA formulada por los Procuradores Sres. Otero Terrón, Gragera Murillo, Gordillo Cañas en la representación acreditada en la Causa.*

DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda promovida por el Procurador Sr. Fernández Palacios García en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO DECLARAR Y DECLARO condición de colegatario de D. Jose Manuel en los bienes que componen el legado que fue instituido por D. Alberto y que venía siendo usufructuado por D^a Berta , DEBIENDO DECLARAR Y DECLARANDO que D. Jose Manuel es titular dominical de una participación indivisa de 1/4 de 1/6 parte de los bienes a los que se refiera el dicho legado y que se contemplan en este procedimiento.

DEBO CONDENAR Y CONDENO las usufructuarias D^a Marina Y D^a Magdalena y a los herederos D. Justiniano , D. Lucio y D. Leon estar y pasar por esta declaración y a que concurran al otorgamiento de cuantos documentos públicos y privados fueren precisos a tal fin.

DEBO ORDENAR Y ORDENO la rectificación de cuantos asientos registrales puedan verse afectados por el pronunciamiento contenido en este FALLO y referidos a los bienes objeto de este procedimiento. A tal efecto y, a falta de acuerdo o voluntad concorde de las partes, líbrense por duplicado los mandamientos registrales para la rectificación e inscripción de los asientos conforme a lo aquí mandado, debiendo devolverse un ejemplar debidamente cumplimentado que quedará unido en actuaciones.

No se hace pronunciamiento en las costas de este litigio".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Justiniano , D. Lucio y D. Leon , D^a Magdalena y D^a Marina . Sustanciada la apelación, la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2006 , con el siguiente fallo: "*desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Justiniano , D. Lucio , D. Jose Manuel Y D. Leon , así como por la de D^a Magdalena Y D^a Marina , frente a la resolución dictada por el juzgado de Primera Instancia nº 8 de Sevilla, recaída en los autos nº 228/05 , la que confirmamos, no hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Justiniano , D. Leon , D. Lucio , D^a Magdalena y D^a Marina , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte,

representada por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del *art. 477.2.2º de la LEC* , al infringir la sentencia recurrida el *art. 759 del Código Civil* , en relación con los *arts. 758, párrafo tercero 784 y 799* , a contrario sensu, y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Segundo: Al amparo del *art. 477.2.2º de la LEC* , al infringir la sentencia recurrida el *art. 781 del Código Civil* .

Tercero: Al amparo del *art. 477.2.2º de la LEC* al infringir la sentencia recurrida el *art. 774 del Código Civil* , en relación con los *arts. 759,784 y 799 del Código Civil* y de la doctrina jurisprudencial.

Cuarto: Al amparo del *art. 477.2.2º de la LEC* , al infringir la sentencia recurrida el *art. 675 del Código Civil* , y de la doctrina jurisprudencial.

Quinto: Al amparo del *art. 477.2.2º de la LEC* , al infringir la sentencia recurrida el *art. 38, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria* .

Por resolución de fecha 30 de abril de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Justiniano , D. Leon y D. Lucio , D^a Magdalena y D^a Marina , en calidad de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de D^a Verónica , en calidad de tutora de su hijo D. Jose Manuel , y en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por Auto de fecha 17 de marzo de 2009 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de D^a Verónica en calidad de tutora de su hijo D. Jose Manuel , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 21 de octubre de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º. En el testamento de don Herminio se instituyó un legado, de acuerdo con la siguiente cláusula: *"la tercera parte de los bienes que pertenecieron a mi difunta y querida esposa [...] la lego en usufructo a mi sobrino don Juan y también por su muerte en usufructo a su esposa doña Gregoria . Por falta de esta los lego a los hijos legítimos de ambos en plena propiedad si estos hijos tuvieron sucesión legítima y sólo en usufructo si no la tuvieron"*. Se reproducen aquí solo las condiciones que son objeto de discusión en el recurso: *"[...] la otra mitad pasará en usufructo y partida por igual a mis sobrinos don Carlos María y don Luis María , hijo de mi difunta sobrina la marquesa de AlENTOS, y por su fallecimiento pasará también en usufructo respectivamente a los hijos legítimos que tengan, sucediendo a éstos en plena propiedad sus hijos legítimos, o sean los nietos de mi sobrino don Carlos María y don Luis María . Si don Juan y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo don Jose Manuel y sus hijos legítimos y la plena propiedad a los hijos legítimos de estos, o sean los nietos de don Jose Manuel ; del mismo modo sucederán y en igual manera sucederán don Carlos María y sus hijos legítimos y nietos a don Jose Manuel y sus hijos si no tuvieron sucesión legítima [...]*.

Los demás legados sobre las terceras partes de los bienes que pertenecían a su esposa contienen la siguiente cláusula: *"las legó a mi sobrino [...] en usufructo y por su falta a sus hijos legítimos en plena propiedad si tuvieran estos hijos legítimos, y solamente en usufructo si no los tuvieran"* .

Aunque la *cláusula primera se modificó en el testamento ológrafo de 27 abril 1891* con adiciones posteriores, todas las cláusulas contienen las mismas condiciones introducidas en el primer testamento otorgado en 1889, cuya parte más interesante a los efectos este recurso se acaba de reproducir.

2º. El 11 marzo 1894 falleció el testador y causante D. Herminio . Se resumen a continuación las vicisitudes de la sucesión en lo que respecta al legado de los bienes de la esposa del causante.

1. El primer legatario fue don Pablo . A su fallecimiento, el usufructo de los bienes legados fue adquirido por sus hijos don Herminio y su hermana doña Berta . Don Herminio falleció el 19 diciembre 1957 sin dejar hijos y doña Berta falleció en 1996 en la misma situación.

2. En la otra rama sucesoria estaban llamados don Marina y su hermano don Carlos María . Este último falleció en el año 1907 sin sucesión; don Luis María falleció el 20 septiembre del año 1962 dejando siete hijos.

3. Solamente sobrevivieron a doña Berta tres de los hijos de don Luis María . Uno de ellos don Ambrosio falleció antes de D. Berta dejando cuatro hijos, uno de los cuales, don Jose Manuel , es el demandante en este pleito.

4. Al fallecer doña Berta , se otorgó un acta de declaración de notoriedad en la que se hacía constar que de los siete hermanos de Luis María solamente habían sobrevivido al usufructuario tres de ellos, por lo que de acuerdo con las cláusulas testamentarias, adquirieron el pleno dominio de los bienes usufructuados por la difunta; concretamente se decía que *"por haberse cumplido la condición suspensiva establecida, se puede determinar que se consolidan todos los derechos en los hijos del sobrino del testador, don Luis María , que en este momento viven y que son los tres dichos hermanos señores don Jose Ignacio , doña Magdalena y doña Marina y además que en razón a la limitación legal en materia de sustituciones, habiendo sido cubierto el primer llamamiento por don Pablo y el segundo por los hijos de éste, don Herminio y doña Berta , resta un tercero y único, por lo que los tres hermanos señores de Jose Ignacio Marina Magdalena , actualmente vivos, adquieren el dominio pleno"*.

3º. La tutora de don Jose Manuel demandó a don Justiniano , don Leon y don Lucio y doña Magdalena y doña Marina . En la demanda se pedía que se declarara la condición de colegatario de don Jose Manuel , condenando a los demandados a estar y pasar por la declaración de que dicho demandante es titular dominical de una participación indivisa de una cuarta de una sexta parte de los bienes relacionados en el hecho cuarto de la demanda y que se condene a los demandados a otorgar los documentos necesarios previstos para tal fin.

Los demandados se opusieron alegando lo que consideraron más adecuado a su derecho.

4º. La sentencia del Juzgado de 1ª instancia núm. 8 de Sevilla, de 25 julio 2005 , estimó la demanda. Señalaba que el verdadero litigio consistía en el reconocimiento del derecho del actor a ser llamado a la herencia del testador. Negaba que el hecho de que en una sucesión existieran diversos llamamientos sucesivos a una misma porción hereditaria, implicase forzosamente la sustitución fideicomisaria; al tratarse de una excepción a la norma general, debía interpretarse la voluntad del testador, especialmente *"cuando queda clara su voluntad de conservar los bienes hasta que lleguen a un destinatario determinado, aunque no concreto al tiempo del fallecimiento del testador"*. Después de examinar las instituciones testamentarias, llega a la siguiente conclusión: *"[...] el testador no instituyó herederos a los usufructuarios ni los sometió a condición alguna, por lo que el artículo 759 CC invocado como justificación para privar de la herencia al hoy actor no es de aplicación, pues su padre don Ambrosio premuerto al usufructuario doña Berta de la que procedieron los bienes hoy controvertidos, NUNCA FUE NI PODÍA SER, NI SERÍA HEREDERO O LEGATARIO (sic) en sentido dominical por lo que, a los efectos de transmitir los bienes al hoy actor, es irrelevante que muriera o no antes que la señora Berta , dado que ese precepto se refiere al heredero o legatario premuerto al cumplimiento de la condición y el señor Luis María nunca iba a tener esa consideración. [...] siendo que el hoy actor es hijo de don Ambrosio , nieto de don Luis María , es heredero directo y por derecho propio del testador y, no habiendo premuerto ni a su padre como usufructuario ni a la señora Berta como también usufructuaria, tiene igual derecho a adquirir la porción hereditaria que lo han hecho sus primos hoy codemandados"*.

5º. Los demandados apelaron dicha sentencia, que fue confirmada por la de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 diciembre 2006 . Se resumen aquí los prolijos argumentos de la sentencia: a) *"todas las partes coinciden en afirmar que era mantener los bienes en los parientes más próximos posible durante varias generaciones"* la finalidad que se había buscado con la creación del fideicomiso; b) el testador *" estableció un orden de llamamientos, no unos llamamientos condicionales, a partir de los hermanos Jose Ignacio Marina Magdalena , y el único condicional lo fue respecto de Berta , pero no para que se produjera el derecho de los hermanos Magdalena Jose Ignacio Marina y que éstos lo transmitieran a quienes resultaran ser sus herederos, sino para que entrase en juego el orden sucesivo de*

llamamientos querido por el testador hasta alcanzar aquel en quien quiso que se diera la consolidación de la nuda propiedad, a saber los nietos de los hermanos Magdalena Jose Ignacio Marina " ;c) la interpretación de la voluntad del testador lleva a concluir que éste "ha pretendido consolidar la propiedad de los bienes en tránsito, primero en Berta y sus descendientes legítimos, y en segundo lugar, a falta de los mismos, en los nietos de sus sobrinos nietos los hermanos Magdalena Jose Ignacio Marina , uno de cuyos nietos es precisamente el actor, y que por tanto habría dispuesto una sustitución pura, no condicionada, puesto que no se observa diferencia entre el derecho sucesorio de los propios hermanos Magdalena Jose Ignacio Marina que premurieron a la fideicomisaria Berta , el padre del actor que también le premurió [...] y se predica la sustitución pura de los demandados respecto de Luis María , pese que este premurió a Berta , de igual manera puede predicarse la sustitución del actor respecto de su padre que también premurió a la referida Berta " .

En definitiva el argumento para desestimar el recurso de apelación parece residir en la interpretación de las cláusulas testamentarias en el sentido sucesivo, equivalente a un fideicomiso puro.

6º. D. Justiniano , D. Jose Ignacio y D. Leon y Dª Magdalena y Dª Marina , demandados, formulan el presente recurso de casación al amparo de lo establecido en el *artículo 477. 2, 2 LEC* , que fue admitido por auto de esta Sala de 17 marzo 2009 .

SEGUNDO. Antes de examinar los diversos motivos de este recurso, debe advertirse que se alterará el orden con que han sido formulados, porque de otra manera la respuesta al recurso podría resultar incomprensible en un tan complejo tema sucesorio. Se empezará por el estudio del cuarto de los motivos formulados, al que la parte recurrente ha calificado de "complementario", si bien la Sala considera decisivo para la resolución de este complejo asunto.

TERCERO. Tal como se ha advertido, se va a estudiar en primer lugar el *cuarto motivo*, que denuncia la infracción del *Art. 675 CC* y la doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala, que impone estar al contenido real y objetivo de las disposiciones testamentarias, entendidas de modo que sean eficaces. Dividen los recurrentes este motivo en diversos apartados, que se van a enunciar aquí solamente, por la extensión del motivo y del propio recurso. Dicen los recurrentes en el apartado a) que la sentencia recurrida no facilita una versión coherente y total del mecanismo querido y por ello ha transgredido la eficacia de las disposiciones testamentarias; en el apartado b) señalan que la superposición y conmixción de órdenes de llamamientos de generaciones distintas, sumada a la representación o la sucesión por estirpes, carece de todo fundamento en el testamento y es inconsistente con el contenido de sus disposiciones, todo ello, en relación con los *Arts. 1283 y 1286 CC* ; en el apartado c) denuncian que es inadmisibles la tesis del usufructo sin atribución de nuda propiedad, en relación con el *Art. 750 CC* , y finalmente, en el apartado d) se remarca el carácter condicional y conjunto con que se dispuso el segundo llamamiento sustitutivo en relación con los *Arts. 759, 766 y 982.1 CC* .

El motivo se desestima.

La complejidad de las *disposiciones testamentarias relativas al legado de usufructo establecidas en el testamento ológrafo del causante redactado en 1889* y modificado en 1891 presenta, en primer lugar, un problema de interpretación. Ahora bien, los recurrentes reproducen aquí gran parte de los argumentos que figuran en los anteriores motivos y pretenden que se acepte una nueva interpretación, más adecuada a sus intereses.

A) *Interpretación de la cláusula debatida.* Hay que recordar la doctrina de esta Sala relativa a la competencia en materia de interpretación testamentaria, que se ha considerado siempre que corresponde al juzgador de instancia. La declaración de voluntad del testador es el objeto de la interpretación y al ser expresada siempre con palabras, requiere determinar si el sentido aparente coincide con el real y si bien el intérprete no puede suplir la voluntad testamentaria, lo que sí puede y debe hacer es aclarar, con criterios objetivos, lo que aparece oscuro en una disposición. Pero ello debe hacerse después de examinar la disposición debatida y calibrar si la cláusula o la disposición que se cuestiona resultan verdaderamente oscuras.

Debemos resaltar lo siguiente: a) se trata únicamente de determinar si la cláusula testamentaria contenía o no un llamamiento a los que se disputan en este pleito la titularidad del legado, de modo que no interesan en este momento las vicisitudes por las que el legado ha ido pasando, y b) para ello se debe examinar antes que nada la literalidad de la disposición; solo si ésta no resulta clara, deberemos proceder a utilizar otros medios, para fijar su sentido.

En lo que interesa en este pleito, hay que determinar, por tanto, si los nietos de D. Luis María , entre

los que se encuentra el actual demandante recurrido, estaban o no llamados a la sucesión en el legado en cuestión. En este punto el testador dijo: *Si don Carlos María y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo a don Luis María y sus hijos legítimos y la plena propiedad a los hijos legítimos de estos, o sean los nietos de don Luis María*. Es decir, estos cerraban las sucesivas transmisiones y consolidaban el usufructo y la nuda propiedad y como se puede comprobar del texto reproducido, se efectuaba un llamamiento expreso a dichos nietos, de modo que en este aspecto pocas dificultades de interpretación ofrece la citada cláusula. De todo ello debe deducirse que la sentencia recurrida resulta correcta en cuanto reconoce el derecho del demandante al legado, puesto que siendo nieto de D. Luis María, estaba directamente llamado en el testamento, independientemente de que su padre hubiese o no premuerto. En definitiva, el llamamiento fue efectuado a los nietos de D. Luis María, es decir, al recurrido, entre otros, quien adquirió por derecho propio como consecuencia del llamamiento del testador a su favor la parte correspondiente de los bienes legados.

Por tanto, los recurrentes ofrecen en esta parte del motivo una interpretación propia que contrasta con la ofrecida por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida y que solo podría ser admitida por la Sala como causa de la casación en el caso de que tratase de una interpretación absurda, lo que no ocurre a la vista del texto de la disposición testamentaria.

CUARTO. Esta solución debería eximir a la Sala de entrar en el examen del resto de los argumentos del motivo cuarto, pero parece conveniente su estudio.

B) *La cuestión de los usufructos sucesivos sin atribución de propiedad.* El segundo problema que se va a examinar es el relativo a la disposición efectuada en forma de usufructos sucesivos, sin atribuir la nuda propiedad a nadie hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos de D. Luis María. La institución de usufructos sucesivos aparece expresamente admitida en el *Art. 787 CC*, que se remite a lo dispuesto en el *Art. 781 CC* y que se asemeja a las históricas instituciones en usufructo, que han dado lugar desde antiguo a distintas interpretaciones, para evitar que no existiera un heredero en la sucesión y hubiera que abrir la sucesión intestada, en aquellos sistemas en los que rige el principio de la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada. A esta finalidad responden los *Arts. 411-3.2, 423-5.3 y 425-3.3 del Código civil de Cataluña*.

No puede acusarse a la sentencia recurrida de efectuar una distinción imposible entre los llamados en usufructo y los llamados como propietarios, porque ni esto es imposible, ni resulta contrario a la voluntad del testador. Otra cosa son los remedios que la legislación establezca en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está prevista en el *art. 787 CC*, que se remite a lo dispuesto para las sustituciones fideicomisarias y nunca se ha planteado en este litigio la problemática técnica relativa a las soluciones que deban darse a la nuda propiedad.

C) *Los llamamientos condicionales.* El testador efectuó una serie de llamamientos, algunos ciertamente condicionales, y otros directos. Pueden aquí barajarse las teorías de las instituciones condicionales *si sine liberis decesserit* y de los hijos puestos en condición, como efectúan los recurrentes en los motivos primero y tercero de este recurso. Pero hay que reconocer que llega un momento en que el testador fija el final de los llamamientos sucesivos, que acabarán en los nietos de D. Luis María o D. Carlos María. Los nietos no están llamados condicionadamente, sino previstos directamente por el testador: los anteriormente llamados lo están para conservar los bienes a fin de que lleguen a este punto y por esto, en relación a dichos nietos, no puede hablarse de condiciones de ningún tipo, puesto que se efectúa un llamamiento directo y además, libre. Es por ello que esta Sala está de acuerdo con la argumentación de la sentencia recurrida que se ha reproducido en el Fundamento primero y que concluye que para dichos llamados, nietos de D. Luis María, habría el testador establecido una sustitución pura y no condicionada. No son aplicables, en consecuencia, las disposiciones sobre instituciones condicionadas, es decir, el *Art. 759 CC, citado tanto en el motivo cuarto, como en el motivo tercero*.

QUINTO. Los argumentos precedentes llevan consigo, al mismo tiempo, la desestimación de los motivos primero y tercero del presente recurso de casación.

SEXTO. El *motivo segundo* denuncia la infracción del *Art. 781 CC* porque la admisión del actor, nieto de D. Luis María, como legatario constituye una transgresión del límite de grados establecido en dicho artículo, lo que comporta la pérdida de eficacia del llamamiento fideicomisario.

El segundo motivo se desestima.

El *Art. 781 CC* dice: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que

no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador". La problemática jurídica se ha planteado siempre en relación con la interpretación de la palabra "grado" y la jurisprudencia ha entendido que dicho artículo admite llamamientos sucesivos a personas vivas y dos más a personas que no vivan al tiempo de abrirse la sucesión (STS 5 abril 1934). La importante sentencia de esta Sala de 23 junio 1940 interpretó el Art. 781 CC en los siguientes términos: "*Que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la «Instituta» -proemio del Título decimoquinto del Libro segundo-, al decir que «puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere», no menos que el Digesto -proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28-, donde se lee: «los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustituidos en el segundo o en el tercero»; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851 , así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones «de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad»; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de «llamamiento», pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas. CONSIDERANDO.- Que dentro del Código Civil, el artículo 781 es el patrón de las ordenaciones a que se refieren los artículos 640, 785 y 787 del mismo Cuerpo Legal; y como el referir «grado» a «parentesco» lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio artículo 781 , haciéndola casi ilusoria, lo cual es inadmisibles por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, armonizando unos con otros los artículos que hayan de aplicarse, en combinación con los demás de la misma materia en el extremo a decidir, con la cual norma y entendiendo que son grados de sustitución los del artículo 781 se hace posible la eficaz aplicación de todos estos preceptos legales."*

Así la jurisprudencia ha interpretado la expresión "grado" en el sentido de *llamamiento efectivo de fideicomisarios* , es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial. Por tanto ha excluido la interpretación que mantienen los recurrentes.

En este caso, se han producido dos transmisiones, es decir, la de D^a Berta y el segundo llamamiento fue a los hijos de D. Jose Manuel que vivieran al tiempo de la muerte de D^a Berta , que actúan como sustitutos vulgares de éste y el sustituto vulgar no consume grado, por encontrarse en el mismo lugar de su premuerto.

SÉPTIMO. *El motivo quinto* señala la infracción del Art. 38.2 LH , que exige la declaración previa o simultánea de la nulidad o cancelación de las inscripciones de dominio u otros derechos reales contradictorios con el derecho que se ejercita, en relación con el primer párrafo del propio Art. 38 LH y con la doctrina jurisprudencial que obliga a instar previa o simultáneamente la nulidad de los actos jurídicos contradictorios con el derecho ejercitado.

El motivo se desestima.

Los recurrentes han venido reproduciendo esta cuestión en todas las instancias desde que la opusieron como excepción. La sentencia de 1^a Instancia desestimó dicha excepción, que fue también desestimada en la sentencia que ahora se recurre.

La jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado la aplicación del Art. 38.2 LH , como señala la sentencia de 14 marzo 2000 , que dice: "*Ya en sentencias de 3 de abril de 1956 y 22 de abril de 1970 declaró esta Sala que, de no haber terceros interesados , es decir, si el juicio se ventilaba únicamente entre quienes figuraban en el asiento registral, la omisión en la demanda de la petición expresa de nulidad o cancelación de la inscripción registral no impedía su admisión ni su estimación, porque era posible pedir la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia , doctrina que se reitera en la sentencia de 5 de mayo de 1986 y desde el año 1989 es constante la jurisprudencia que flexibiliza racionalmente el requisito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria interpretándolo en el sentido de entender implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento registral cuando en la demanda se ejercite una acción contradictoria del dominio inscrito (sentencias de 26 de enero , 24 de abril y 3 de junio de dicho año 1989, cuya doctrina se reitera por otras muchas, como las de 9 de octubre de 1995 , 18 de marzo de 1997 y 7 de octubre de 1998 , y se mantiene por las más recientes de 1 , 15 y 26 de febrero de 1999 y 20 de septiembre del mismo año)".*

Siendo precisamente el del litigio entre los familiares el objeto de este recurso de casación, hay que considerar reproducidos aquí los argumentos de la sentencia citada para rechazar el presente motivo.

OCTAVO. La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Justiniano , D. Leon y D. Lucio y de D^a Magdalena y D^a Marina contra la sentencia de la sección 6^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de diciembre de 2006 , determina la del propio recurso.

Se imponen a los recurrentes las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 398.1 LEC* , que se remite al *art. 394 LECiv* .

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Justiniano , D. Leon y D. Lucio y de D^a Magdalena y D^a Marina contra la sentencia de la sección 6^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de diciembre de 2006, dictada en el rollo de apelación nº 256/2006 .

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen las costas del recurso de casación a los recurrentes.

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 .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.