

Roj: STS 1314/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100130
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 734/2007
 Nº de Resolución: 160/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x FAMILIA Y SUCESIONES x
- x SUCESIÓN MORTIS CAUSA x
- x CLASES (SUCESIÓN) x
- x SUCESIÓN TESTADA x
- x CLASES (TESTAMENTO) x
- x TESTAMENTO CERRADO x
- x REDACCIÓN POR EL TESTADOR (TESTAMENTO CERRADO) x
- x CONTENIDO DEL TESTAMENTO x
- x INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO x
- x INTENCIÓN DEL TESTADOR x
- x SENTIDO LITERAL DEL TESTAMENTO x
- x CONDICIÓN (SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA) x
- x SUSTITUCIÓN FIDEICOMISORIA x
- x SUSTITUCIÓN INDIRECTA x
- x EFECTOS (SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA) x
- x FIDEICOMISARIO x
- x FIDEICOMITENTE x
- x INSTITUCIÓN DE HEREDERO x
- x SUSTITUCIONES HEREDITARIAS x
- x ACTOS PROPIOS x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x

Resumen:

Testamento cerrado. Sustitución fideicomisaria.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D. Pedro Miguel y D. Balbino y los herederos de D^a Filomena , representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Carmen Benítez López, contra la Sentencia dictada, el día 8 de junio de 2006, por la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el rollo de apelación nº 288/2005 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Bartolomé de Tirajana, en los autos de mayor cuantía nº 1/97,a cuyos autos fueron acumulados los siguiente procedimientos:

El Juicio declarativo de menor cuantía nº 37/97 iniciado en el Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de los de Telde . En este procedimiento la demanda se presentó por don Pedro Miguel , D^a Filomena y D. Balbino , el primero a través de don Jacobo , y la segunda a través de D. Patricio , y el tercero a través de don Jose Manuel , interponiéndose la demanda contra D^a Agueda y contra D. Agustín .

El Juicio declarativo de mayor cuantía nº 169/97, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de San Bartolomé de Tirajana. En este procedimiento la demanda se presentó por D. Claudio , doña Hortensia y don Herminio , contra D. Pedro Miguel , Dª Filomena y D. Balbino .

El juicio de mayor cuantía nº 200/97, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana. En este procedimiento la demanda se presentó por D. Raimundo y Dª Agueda y D. Agustín , contra don Pedro Miguel , doña Filomena y don Balbino .

El juicio de mayor cuantía nº 20/97, del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Arucas seguido ante dicho Juzgado a instancia de doña Filomena , a través de su apoderado D. Patricio , contra doña Hortensia y D. Herminio .

Ante esta Sala se personó el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Pedro Miguel y D. Balbino y los Herederos de Dª Filomena , en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Adolfo Morales Hernández Sanjuan, se personó en nombre y representación de D. Claudio , Dª Hortensia y D. Herminio , en calidad de parte recurrida. El Procurador D. Santos Gandarillas Carmona, se personó en nombre y representación de D. Agustín , Dª Agueda y D. Raimundo , en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1º.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Bartolomé de Tirajana, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, D. Patricio , D. Jacobo D. Balbino , como apoderados los dos primeros de sus padres Dª Filomena y D. Pedro Miguel , y en su propio nombre y derecho el tercero, contra D. Herminio , Dª Hortensia , D. Claudio , D. Agustín , Dª Agueda y D. Raimundo . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"....definitiva sentencia por la que se declare:*

1º.- Haber lugar en todas sus partes a la demanda interpuesta por Dª Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino contra Don Herminio , D. Agustín , Dª Hortensia y Dª Agueda y contra los respectivos esposos de éstas dos últimas, D. Claudio y D. Raimundo , declarando que no pertenecen a estos desde el día 29 de diciembre de 1.968, por fallecimiento de Doña Isidora , los bienes que, habiendo sido adquiridos por los demandados a aquella transmitente en sendas escrituras de compraventa de fecha 29 de Enero y 2 de Mayo de 1966, otorgadas ante el Notario de Las Palmas D. Juan Zabaleta Corta, formaban parte del tercio de mejora de la herencia del abuelo de dicha vendedora el Sr. Don Celestino , y que aquella recibió bajo la condición impuesta por dicho testador en la cláusula octava de su testamento de que tuviera descendencia de legítimo matrimonio, y que no cumplió al tiempo de su fallecimiento.

2º.- Que de los bienes pertenecientes a dicho tercio de mejora de la herencia de Don Celestino , recibidos por Dª Isidora con cargo al mismo, los adquirió tan sólo como titular fiduciaria sujeta a la condición "si sine liberis decesserit", siendo sus sustitutos fideicomisarios recíprocos, sus hermanos Don Oscar y Don Urbano .

3º.- Que, por tanto, habiendo sobrevivido tan sólo a Dª Isidora su hermano Don Urbano , Conde de DIRECCION001 , único superviviente también con descendencia de legítimo matrimonio, éste heredó todos los bienes pertenecientes al tercio de mejora de la herencia de Don Celestino y, por ende, los recibidos en su día por D Isidora con cargo al mismo, incluso los que fueron vendidos a los demandados.

4º.- Que han sucedido en dicha herencia a Don Urbano sus hijos D Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino , por terceras e iguales partes.

5º.- Que, en consecuencia con lo anterior, se ha de proceder a la rectificación y ordenar la cancelación de las inscripciones existentes a favor de los codemandados, y el título de compraventa otorgada a su favor por Dª Isidora , respecto de las fincas registrales números NUM000 (DIRECCION002) NUM001 (DIRECCION003), NUM002 (DIRECCION004), NUM003 (DIRECCION005), NUM004 (DIRECCION006), NUM005 (1/6 de Agua del Barranco de Fataga) y NUM006 (1/6 gruesa de agua del Brusco de Abajo) que figuran inscritas en el Registro de Propiedad nº 1 de San Bartolomé de Tirajana. Asimismo, ordenar la rectificación y cancelación de las inscripciones existentes a favor de cualesquiera de los demandados respecto de las fincas que, procediendo de las anteriores, han sido segregadas registralmente figurando como fincas independientes a nombre de cualquiera de aquéllos, cuales son las fincas registrales NUM007 , NUM008 , NUM009 y NUM010 (procedentes de la nº NUM000 denominada DIRECCION002), las fincas registrales nº NUM011 y NUM012 (procedentes de la registral NUM003 denominada DIRECCION005) y las fincas registrales NUM013 y NUM014 (procedentes de la registral n NUM002 denominada DIRECCION004), todas ellas inscritas en el Registro de Propiedad nº 1 de San

Bartolomé de Tirajana; y la rectificación y cancelación de las fincas registrales nº NUM015 , NUM016 , NUM017 y NUM018 del Registro de la Propiedad nº 2 de San Bartolomé de Tirajana (procedentes por segregación de la finca nº NUM003 del Registro de Propiedad nº 1, denominada DIRECCION005). E, igualmente ordenar la rectificación y cancelación de las inscripciones de las fincas existentes en ambos Registros de Propiedad núm 1 y 2 de San Bartolomé de Tirajana que figuran a nombre de todos o alguno de los demandados y cuya finca matriz de procedencia sea alguna de las citadas en el presente apartado.

6º.- Que, por tanto, se ordena la inscripción a favor de Dª Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino aquí actores por terceras e iguales partes indivisas, tanto la de los citados inmuebles como los que aquellos tuvieron causa y que aun estuvieren a nombre de los demandados, por el título de herencia de su padre Don Urbano , a virtud de adjudicación en su favor operada en sendas escrituras complementarias de partición de herencia otorgadas ante el Notario de Las Palmas, Don Manuel Emilio Romero Fernández, el día 26 de Marzo de 1.992, bajo los núms. 962 y 963 de su protocolo.

7º.- Condenar a los demandados a entregar a los actores la plena posesión y dominio de los anteriores inmuebles, así como a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

8º.- Condenar solidariamente a los demandados al pago de las costas procesales causadas.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Claudio , Dª Hortensia y D. Herminio los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, y formulando reconvencción en base a los hechos y fundamentos que igualmente estimó de aplicación para terminar suplicando: "...dicte sentencia desestimando la demanda, absolviendo de la misma a mis representados; estime las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de legitimación activa, prescripción de acción en los actores y, accediendo a la reconvencción, estime, además de las excepciones indicadas, los siguientes pedimentos:

Primero.- Que don Celestino no estableció condición resolutoria alguna en la cláusula octava, destinada al tercio de mejora, de su testamento cerrado de fecha 28 de abril de 1900 protocolizado ante el Notario que fue de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria don Agustín Millares Cubas, el día 19 de junio de 1901, número 316 de orden, sino un derecho de acrecer entre los nudo propietarios doña Isidora , don Urbano y don Oscar , si cualquiera de estos hermanos premoría al causante Sr. Celestino , sin descendencia legítima, en cuyo caso el acrecimiento hubiera tenido lugar en favor del que ostentare el título de Conde de DIRECCION001 habiéndose consolidado la propiedad en los tres hermanos citados tras el fallecimiento de la instituida usufructuaria doña Noelia ; conteniendo o constituyendo dicha cláusula octava una sustitución vulgar.

Segundo.- Que la cláusula octava del referido testamento de don Celestino no contiene sustitución fideicomisaria de clase alguna, como tampoco ninguna obligación de prohibición de disponer de los bienes del tercio de mejora adscritos a la misma.

Tercero.- Que por sobrevivir al testador, Sr. Celestino , y a la hija de éste doña Noelia , los herederos legatarios doña Isidora , don Urbano y don Oscar no tuvo aplicabilidad el derecho de acrecer establecido en la mentada cláusula octava del testamento de dicho causante.

Cuarto.- Que doña Isidora , legataria del citado causante, adquiere en virtud de la cláusula octava del testamento de don Celestino una sexta parte proindiviso de los bienes a que la misma se refiere, o sea de los bienes que se adscribieron al tercio de mejora del caudal relicto de su abuelo, Sr. Celestino , en pleno dominio y limitación algunas de que tales bienes, al fallecimiento de dicha señora pasaran o pudieran pasar a don Urbano ; todo de acuerdo consecuentemente también a lo establecido en la escritura de partición de bienes otorgada Notario que fue de Las Palmas don Agustín Millares Cubas el día 19 de junio de 1901, número 316 de su protocolo, y en la escritura de aprobación y protocolización de división material otorgada ante el Notario don Juan Zabaleta Corta el día 26 de diciembre de 1949, número 3.766 de su protocolo.

Quinto.- Que no pudiendo nacer después de la muerte del testador supranombrado, Sr. Celestino , como tampoco tras el fallecimiento de su hija doña Noelia , una condición resolutoria, ni sustitución fideicomisaria alguna, que aquél no impuso en la repetida cláusula octava de su testamento, la transmisión que mediante escritura de compraventa verificara doña Isidora a favor de los demandados don Claudio y doña Hortensia y don Herminio , como asimismo a favor de don Raimundo y doña Agueda y don Agustín , ante el Notario que fue de Las Palmas don Juan Zabaleta Corta el día 2 de mayo de 1966, número 2515 de su protocolo, se otorgó sin condición limitativa o prohibitiva de disponer por motivo la transmitente, libre y absolutamente, así lo hizo, de los bienes objeto de esa escritura; habiendo sucedido igualmente con respecto a los bienes de las escrituras de compraventas de 10 y 29 de enero de 1966, otorgadas por doña

Isidora favor de los hermanos Manuel , don Herminio , don Agustín , doña Hortensia y doña Agueda , ante el mismo Notario don Juan Zabaleta Corta, 194 y 595, respectivamente, de su protocolo.

Sexto.- Que son nulas de pleno derecho, y en todo caso ineficaces frente a los demandados, las escrituras otorgadas por don Pedro Miguel , don Balbino y doña Filomena ante el Notario de Las Palmas don Manuel Emilio Romero Fernández el día 26 de marzo de 1992, número 962 de su protocolo, aclarada por otras dos, también nulas de pleno derecho, la primera, de la misma fecha 26 de marzo de 1992, número 963 de orden, y la segunda, de 19 de mayo de 1993, número 1335, por el mismo fedatario autorizadas; a causa de que todos los bienes de esos instrumentos públicos, tras el fallecimiento de la usufructuaria doña Noelia , correspondieron en propiedad a doña Isidora por herencia o legado de su abuelo, don Celestino , consolidándose en ella el pleno dominio de los mismos, y sin prohibición alguna de disponer o sin condición limitativa de dominio; bienes que luego transmitió dicha señora intervivos y morotis causa, libremente.

Séptimo.- Que los demandados don Claudio , doña Hortensia y don Herminio , así como los codemandados don Raimundo y doña Agueda y don Agustín , por haber adquirido de doña Isidora las fincas objeto de mencionadas transmisiones o compraventas del pedimento quinto, en la forma indicada, los demandados y demás personas que se acaban de nombrar son propietarios absolutos y legítimos de todos los bienes repetidas compraventas expresados; hoy en día en la forma que consta en la escritura de división otorgada por los referidos señores el 6 de noviembre de 1984 ante el Notario que fue de la Palmas don Luis Prieto Lorenzo, número de orden 3680 de su protocolo, respecto a bienes de la escritura de 2 de mayo de 1966; siempre y en todo caso sin perjuicio de las ventas o segregaciones que los adquirentes hayan hecho de partes de fincas a favor de terceras personas.

Octavo.- Que son nulas las inscripciones por cancelación o de otra forma obtenidas a su favor o a nombre por don Pedro Miguel en el Registro de la Propiedad de Guía mediante las escrituras públicas mencionadas en el pedimento sexto de la súplica de la demanda, sobre la sexta parte de la finca NUM019 , Tomo NUM020 del Archivo, Libro NUM021 de Artenara inscripción 8ª; finca NUM022 , del Tomo NUM023 del Archivo, del mismo Libro citado e igual inscripción finca número NUM024 , del mismo Tomo y Libro e igual inscripción; finca NUM025 , en igual Tomo y Libro que el anterior, e inscripción 8ª; finca NUM026 , asimismo al Tomo y Libro citados, e inscripción 8ª todas de Artenara; siendo nulas también todas las inscripciones que de los citados asientos pudieran tener causa, en la proporción que sea, que figuren en cualquier forma a nombre de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino ; librando mandamiento por duplicado ejemplar al Sr. Registrador de la Propiedad de Guía a fin de que cancele tales inscripciones por estar en desacuerdo con la realidad jurídica, registral y extrarregistralmente, y a consecuencia de las nulidades decretadas de apartado sexto precedente; ordenando también la cancelación de cualquier mención sobre condición suspensiva o sustitución fideicomisaria.

Noveno.- Que las inscripciones registrales a favor de los demandados practicadas de acuerdo con las escrituras antes mencionadas en los pedimentos quinto y séptimo, y de las inscripciones de los mismos conjuntamente con las demás prenombradas personas obrantes en el apuntando Registro de la Propiedad de Guía, derivadas de las propias escrituras, en relación con las fincas de los referidos títulos y herencia de los demandados, como compradores y herederos de doña Isidora , han de pasar a ser las inscripciones vigentes, anulándose las cancelaciones o inscripciones en contra verificadas, y ordenándose así, hágase ello constar en el indicado mandamiento a los Sres. Registradores de los citados Registros correspondientes de las respectivas demarcaciones de tales bienes; ordenando además a los mismos que cancelen de tales inscripciones cualquier mención o expresión que aluda a condiciones resolutorias o suspensivas o a sustituciones fideicomisarias en interpretación de la cláusula octava del testamento don Celestino , ya que desde el fallecimiento de doña Noelia se consolidó el pleno dominio de tales fincas, sin condición ni prohibición algunas, a favor de doña Isidora , actualmente correspondientes, asimismo en pleno dominio, a los demandados, y de conformidad a como ya consta de las inscripciones que han de pasar a ser las vigentes, purgando a éstas de cualquiera de las expresadas condiciones o sustituciones fideicomisarias, mediante otra nueva inscripción o con arreglo a Ley.

Décimo.- Que los Sres. Manuel don Herminio y doña Hortensia , y hermanos de éstos codemandados don Agustín y doña Agueda , en concepto de herederos instituidos en el testamento de doña Isidora , adquieren por cuartas partes indivisas varias fincas que dejara esta señora a su fallecimiento procedentes de la sexta parte indivisa que la legara su abuelo don Celestino de los bienes adscritos al tercio de mejora de la herencia de este causante; según la escritura otorgada por los citados hermanos ante el Notario de Las Palmas don José Luis Fernández Alvarez el día 19 de agosto 1992, número 817 de su protocolo; procediendo anular, cancelar o rectificar todas las inscripciones que en los Registros de la Propiedad pudieran en cualquier forma constar a nombre de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino , o del causante de éstos don Urbano , sobre las indicadas porciones de tales fincas, cancelándose además cualquier alusión a sustitución fideicomisaria en favor los actores, de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino o de su

padre; todo ello mediante nuevas inscripciones o conforme a Ley; librándose los correspondientes mandamientos por duplicado ejemplar a los Registros de la Propiedad donde figuraran inscritas a nombre de estos señores o de su citado causante la referida sexta parte de los bienes dimanantes del indicado tercio.

Décimo primero.- Que, en todo caso, los demandados por la prescripción adquisitiva ordinaria -justo título, posesión de diez años y buena fe, o por la extraordinaria de treinta años, completando en este caso el tiempo transcurrido a favor de la causante de aquéllos, doña Isidora , desde que ésta pasa a ser adjudicataria en la partición de 1901 ó en la partición de 1949, o desde que la misma dispone de parte de las matrices de algunas de dichas fincas, en concepto de dueña, a favor de terceros, año 1957, hasta que la misma fallece, o haciendo el cómputo desde que vende en 1966, dicha señora, a los demandados, éstos, al amparo de uno y otro cómputos, por usucapión, son propietarios en pleno dominio de los que en concepto de herederos les transmitiera la repetida señora, relativo a la sexta parte del tercio de mejora deja ésta por su abuelo, en cuanto a los demandados Sres. Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Agueda Hortensia y hermanos, como de lo que todos estos adquirieron de aquélla mediante las referidas escrituras de compraventas del apartado quinto del súplica de la contestación-reconvención conjuntamente con los codemandados don Raimundo y don Claudio ; a excepción, en todo caso de lo que ya hayan dispuesto, en segregaciones de los correspondientes bienes, en favor de terceros, que corresponde a éstos; librando sendos mandamientos por duplicado ejemplar a los Registros de la Propiedad correspondientes haciéndolo así constar, y ordenando en consecuencia la nulidad y cancelación o cancelaciones de las inscripciones que figuraran a nombre de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino o de su referido inmediato causante; relativas a la indicada porción del sexto de doña Isidora ; ordenando también las cancelaciones expresadas en los apartados anteriores relativas a condiciones resolutorias o sustituciones fideicomisarias sobre las fincas correspondientes a los actores y demás personas en cuyo favor litigan.

Décimo segundo.- Que se condene a los actores a indemnizar solidariamente o, en su defecto, mancomunadamente, a los demandados, por los daños y perjuicios producidos y que se produzcan a todos ellos, causados por las adjudicaciones verificadas a favor de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino en virtud de las escrituras del apartado sexto, o por las anotaciones preventivas de demandas realizadas en los Registros de la Propiedad indicados, o derivados de cualesquiera otras actuaciones de los demandados relacionadas con la causas aquí concretamente señaladas, en relación todo ello con las fincas adquiridas por los demandados, de doña Isidora , mediante compraventas y herencia o legados, en las proporciones expresadas, procedentes del tercio de mejora de la herencia del abuelo de dicha señora; cuya cuantía de tal Indemnización se determinará en el período probatorio o, en su defecto, en el de ejecución de sentencia.

Décimo tercero.- Que, finalmente, se condene también a los actores a estar y pasar por todo lo que antecede y al pago de las costas, sobre todo por su temeridad y mala fe más que manifiestas".

La representación de D. Agustín , compareció contestando la demanda y formulando demanda reconvenzional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: " que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos acompañados y sus copias, tenga por contestada en tiempo y forma la demanda, siga el procedimiento por sus trámites, lo reciba a prueba y dicte sentencia por la que, en cuanto a la demanda, en base a las consideraciones y excepciones opuestas, se estimen las excepciones de litispendencia y de inadecuación de procedimiento, y se desestime en todo caso la demanda, con imposición de costas a la parte actora; y en cuanto a la reconvenición:

1º.- Se declare que doña Isidora adquirió sin sujeción a sustitución fideicomisaria ni gravamen o limitación alguna, ni obligación de restituir a ninguna persona, una sexta parte en cada uno de los bienes descritos en el hecho segundo de la demanda.

2º.- Se declare que son válidos los legados instituidos en el último testamento de doña Isidora en favor de doña Filomena y de doña Agueda , consistentes, para cada una de ellas, en la mitad de una sexta parte en diversas fincas radicantes en el término de Telde, que son las mismas que en la demanda se describen bajo las letras B) a I), ambas inclusive, del hecho segundo.

3º.- Se declare que los demandados, como herederos testamentarios de doña Isidora , que de ésta a título de herencia y en pleno dominio la sexta parte indivisa que aquélla ostentaba en las fincas A) y J) a Ñ), ambas inclusive, de las descritas en el hecho segundo de la demanda, por lo que es válida la adjudicación de las mismas realizada en escritura de adjudicación de herencia de 19 de Agosto de 1992 otorgada ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don José Luis Fernández Alvarez (nº 817 de orden).

4º.- Que, en consecuencia, los actores-reconvenidos no adquirieron por herencia una sexta parte en la propiedad de las fincas descritas bajo las letras A) a Ñ) de la demanda, aunque puedan haber adquirido

por otros títulos esa sexta parte respecto de las fincas letras B) a I), concretamente don Urbano y don Constantino en la mitad de una sexta parte por compra a doña Agueda , y doña Filomena en la otra mitad de esa sexta parte, por legado de doña Isidora , según se indica en el apartado f) del hecho segundo de la reconvencción.

5º.- Que, por tanto, es nula la escritura de adjudicación de herencia mediante la que los actores se adjudicaron una sexta parte de tales fincas de las referidas letras A) y C) a Ñ), ambas inclusive, del hecho segundo de la demanda (números 19 y 21 a 33 en la escritura), otorgada en 26 de Marzo de 1992 ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Manuel Emilio Romero Fernández (nº 962 de orden), por lo que deben cancelarse las inscripciones registrales derivadas de dicho instrumento, así como toda anotación o mención que en los asientos relativos a tales fincas aluda a sustitución fideicomisaria o prohibición de disponer relativa a doña Isidora o a los demandados, o a sustitución fideicomisaria en favor de los reconvenidos o de su padre don Urbano .

6º.- Subsidiariamente, respecto de todos los pedimentos anteriores que aún en la hipótesis de que el título dominical de doña Isidora hubiese adolecido de algún defecto, limitación o gravamen, se habría operado en favor de la misma o de los hoy demandados la prescripción del dominio o usucapición de las fincas referidas en el pedimento 5º de esta súplica de la reconvencción, sin perjuicio de la venta realizada por doña Agueda en favor de don Urbano y don Constantino en cuanto a la mitad de una sexta parte en las fincas B) a I) del hecho segundo de la demanda.

7º.- Se condene a los actores-reconvenidos a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas.

2º.- Por el Procurador Sr. Medina, se solicitó la acumulación al procedimiento de Mayor Cuantía 1/97 del Menor Cuantía 37/97, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Telde, así mismo el Procurador Sr García Talavera, se solicitó la acumulación al procedimiento de Mayor Cuantía 1/97 del Mayor Cuantía 169/97, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana.

Por Auto de fecha 10 de noviembre de 1997, se acordó la acumulación del menor cuantía nº 37/97 , a este procedimiento. En este procedimiento don Pedro Miguel , Dª Filomena y D. Balbino , el primero a través don Jacobo , y la segunda a través de don Patricio , y el tercero a través de don Jose Manuel , quienes actuaron representados por el Procurador don Francisco Santana Montesdeoca, presentaron ante este Juzgado escrito en el que se promovió juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Herminio , Dª Hortensia y Dª Agueda , en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente terminó suplicando: *díctese en definitiva sentencia por la que se declare:*

1º .- *Haber lugar en todas sus partes a la demanda interpuesta por Dª Filomena , don Pedro Miguel y Don Balbino contra Don Herminio , Dª Hortensia , Don Agustín y Dª Agueda , declarando que no pertenecen a estos últimos, por herencia de Doña Isidora , los bienes que, formando parte del tercio de mejora de la herencia del abuelo de dicha causante Don Celestino , aquella recibió bajo la condición impuesta por dicho testador en la cláusula octava de su testamento de que tuviera descendencia de legítimo matrimonio, y que no cumplió al tiempo de su fallecimiento.*

2º .- *Que de los bienes pertenecientes a dicho tercio de mejora de la herencia de Don Celestino recibidos por Dª Isidora con cargo al mismo los adquirió tan sólo como titular fiduciaria sujeta a la condición "si sine liberis decesserit", siendo sus sustitutos fideicomisarios recíprocos, sus hermanos Don Oscar y Don Urbano .*

3º.- *Que, por tanto, habiendo sobrevivido tan sólo a Dª Isidora su hermano Don Urbano , Conde de DIRECCION001 , único superviviente también con descendencia de legítimo matrimonio, éste heredó todos los bienes pertenecientes al tercio de mejora de la herencia de Don Celestino y, por ende, los recibidos en su día por Dª Isidora con cargo al mismo*

4º.- *Que han sucedido en dicha herencia a Don Urbano sus hijos Dª Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino , por terceras e iguales partes.*

5º.- *Que, en consecuencia con lo anterior, se ha de proceder a la rectificación y ordenar la cancelación de las inscripciones practicadas a favor de los codemandados respecto de las fincas registrales números NUM027 (Casa de Alto y Bajo en la c/ DIRECCION007 , núm. NUM028 de Teide), NUM029 (Cercado de Manrique), NUM030 (Diez cuartas de agua del Heredamiento de la Vega Mayor de Teide), NUM031 (una cuarta de agua del anterior Heredamiento), NUM032 (Cuatro Cuartos de agua del mismo Heredamiento), NUM033 (Molino Harinero), NUM034 (Trozo de terreno en Camino del Roque) y NUM035*

(11/24 ayas partes de estanque o albercón en Narea) del Registro de Propiedad nº 1 de Teide, en el consignar que UNA SEXTA PARTE INDIVISA de las mismas las recibió D^a Isidora como legataria usufructuaria sujeta a la condición de tener descendencia legítima.

6º.- Que, por tanto, se ordena la inscripción a favor de D^a Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino aquí actores, de las citadas sextas partes indivisas, consolidando el dominio del todo, por terceras e iguales partes indivisas de las fincas registrales anteriormente mencionadas por el título de herencia de su padre Don Urbano , a virtud de adjudicación en su favor operada en escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de las Palmas, Don Manuel Emilio Romero Fernández el día 26 de Marzo de 1.992, bajo el núm. 962 de su protocolo.

7º.- Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

8º.- Condenar solidariamente a los demandados al pago de las costas procesales causadas".

Por resolución de fecha 19 de febrero de 1997 se admitió a trámite la demanda, emplazando a las partes para que la contesten.

Por la representación de D^a Hortensia y D. Herminio , presentó escrito contestando a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... dicte sentencia y en base a las excepciones de falta de personalidad en los actores, falta de acción y usucapión de las tres clases apuntadas, desestimando la demanda, absolviendo de la misma a mis representados y condenados en costas a la parte actora por su temeridad y mala fe manifiesta".

La representación de D^a Agueda , presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se dicte sentencia por la que, en base a las consideraciones y excepciones opuestas, incluidas las de prescripción de la acción y de usucapión, se desestime en todo caso la demanda, con imposición de costas a la parte actora".

La representación de D. Agustín , presentó escrito contestando a la demanda y formulando reconvencción, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...y dicte sentencia por la que, en cuanto a la demanda, en base a las consideraciones y excepciones opuestas, se estimen las excepciones de litispendencia y de inadecuación de procedimiento, y se desestime en todo caso la demanda, con imposición de costas a la parte actora; y en cuanto a la reconvencción:

1º.- Se declare que doña Isidora adquirió sin sujeción a sustitución fideicomisaria ni gravamen o limitación alguna, ni obligación de restituir alguna persona, una sexta parte en cada uno de los bienes escritos en el hecho segundo de la demanda.

2º.- Se declare que son válidos los legados instituidos en último testamento de doña Isidora en favor de doña Filomena y doña Agueda , consistentes para cada una de ellas, en la mitad de una sexta parte en diversas fincas radicantes en el término de Telde, (que son las mismas que en la demanda se describen bajo las letras B), a I), ambas inclusive, del hecho segundo

3º.- Se declare que los demandados, como herederos testamentarios de doña Isidora , adquirieron de ésta a título de herencia y en pleno dominio la sexta parte indivisa que aquélla ostentaba en las fincas A) y J) a Ñ), ambas inclusive, de las descritas en el hecho segundo de la demanda, por lo que es válida la adjudicación de las mismas realizada en escritura de adjudicación de herencia de 19 de agosto de 1992 otorgada ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don José Luis Fernández Alvarez (nº 817 de orden).

4º.- Que, en consecuencia, los actores-reconvenidos no adquirieron por herencia una sexta parte en la propiedad de las fincas descritas bajo las letras A) a Ñ) de la demanda, aunque haber adquirido por otros títulos esa sexta parte respecto de las fincas letras B) a I), concretamente don Urbano y don Constantino en la mitad de una sexta parte por compra a doña Agueda , y doña Filomena en la otra mitad de esa sexta por legado de doña Isidora , se indica en el apartado f) del hecho segundo de la reconvencción.

5º.- Que, por tanto, es nula la escritura de adjudicación de herencia mediante la que los actores se adjudicaron una sexta Parte de tales fincas de las referidas letras A) y C) a Ñ), ambas inclusive, del hecho segundo de la demanda (números 19 y 21 a 33 en la escritura), otorgada en 26 de Marzo de 1992 ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Manuel Emilio Romero Fernández (nº 962 de orden), por lo que deben cancelarse las inscripciones registrales derivadas de dicho instrumento, así como toda anotación

o mención que en los asientos relativos a tales fincas aluda a sustitución fideicomisaria o prohibición de disponer relativa a doña Isidora o a los demandados, o a sustitución fideicomisaria en favor de los reconvenidos o de su padre don Urbano .

6°.- Subsidiariamente, respecto de todos los pedimentos anteriores, que aún en la hipótesis de que el título dominical de doña Isidora hubiese adolecido de algún defecto, limitación o gravamen, se habría operado en favor de la misma o de los hoy demandados la prescripción adquisitiva del dominio o usucapión de las fincas referidas en el pedimento 5° de esta súplica de la reconvenición, sin perjuicio venta realizada por doña Agueda en favor de don Urbano y don Constantino en cuanto a la mitad de una sexta parte en las fincas B) a I) del hecho segundo de la demanda.

7°.- Se condene a los actores-reconvenidos a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas".

Contestada la demanda se acordó dar traslado a los demandantes de la misma y de la reconvenición, presentándose escrito solicitando su desestimación; acordándose convocar a las partes a la comparecencia en este procedimiento (menor cuantía 37/97); la que se celebró en el día y hora señalados.

Por auto de fecha 4 de febrero de 1998 se estimó la acumulación del Menor Cuantía nº 37/97 al Mayor Cuantía 1/97.

Por auto de fecha 20 de marzo de 1998, se acordó en el Mayor Cuantía nº 1/97 de este Juzgado, acumular el Mayor Cuantía nº 169/97 seguido en el Juzgado nº 3 de este partido.

3°.- En el Mayor Cuantía nº 169/97, la demanda se presentó por don Claudio , su esposa doña Hortensia y don Herminio , representados por el Procurador Sr. García Talavera y contra don Pedro Miguel , doña Filomena y don Balbino , alegando en dicho escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: "... dicte sentencia estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos:

Primero. Que don Celestino no estableció condición resolutoria alguna en la octava, destinada al tercio de mejora, de su testamento cerrado de fecha 28 de abril de 1900, protocolizado ante el Notario que fue de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria don Agustín Millares Cubas, día 19 de junio de 1901, número 316 de orden (documentos 4 y 4 bis), sino un derecho de acrecer entre los nudo propietarios doña Isidora , don Urbano y don Oscar , si cualquiera de estos hermanos premoría al causante Sr. Celestino sin descendencia legítima, en cuyo caso el acrecimiento hubiera tenido lugar en favor del que ostentare el título de Conde de DIRECCION001 ; habiéndose consolidado la propiedad en los tres hermanos citados tras el fallecimiento de la instituida usufructuaria doña Noelia ; conteniendo o constituyendo dicha Cláusula octava una sustitución vulgar.

Segundo. Que la cláusula octava del referido testamento de don Celestino no contiene sustitución fideicomisaria de clase alguna, como tampoco ninguna obligación de prohibición de disponer de los bienes del tercio de mejora adscritos a la misma.

Tercero. Que por sobrevivir al testador, Sr. Celestino , y a la hija de éste doña Noelia , los herederos legatarios doña Isidora , don Urbano y don Oscar , no tuvo aplicabilidad el derecho de acrecer establecido en la mentada cláusula octava del testamento de dicho causante.

Cuarto. Que doña Isidora , legataria del citado causante, adquiere en virtud de la cláusula octava del testamento de Celestino una sexta proindiviso de los bienes a que la misma se refiere, o sea de los bienes que se adscribieron al tercio mejora del caudal relicto de su abuelo, Sr. Celestino , en pleno dominio y sin obligación limitación algunas de que tales bienes, al fallecimiento de dicha señora, pasaran o pudieran pasar a su hermano don Urbano ; todo ello de acuerdo consecuentemente también a lo establecido en la escritura de partición de bienes otorgada ante el Notario que fue de Las Palmas don Agustín Millares Cubas el día 19 de junio de 1901, ni 316 de su protocolo (documento 3), y en la escritura de aprobación y protocolización de una división material otorgada ante el Notario don Juan Zabaleta Corta el día 26 de diciembre de 1949, número 3.766 de su protocolo (documento 8).

Quinto. Que no pudiendo nacer después de la muerte del testador supranombrado, Sr. Celestino como tampoco tras el fallecimiento de su doña Noelia , una condición resolutoria, ni sustitución fideicomisaria alguna, que aquél no impuso en la repetida cláusula octava de su testamento, la transmisión que mediante escritura de compraventa verificara doña Isidora a favor de los actores don Claudio y doña Hortensia y don Herminio , como asimismo a favor de don Raimundo y doña Agueda y don Agustín , ante el

Notario que fue de Las Palmas don Juan Zabaleta Corta el día 2 de mayo de 1966, número 2515 de su protocolo (documento 2), se otorgó sin condición limitativa o prohibitiva de disponer, por cuyo motivo la transmitente, libre y absolutamente, así lo hizo, de los bienes objeto de esa escritura; habiendo sucedido igualmente con respecto a los bienes de las escrituras de compraventas de 10 y 29 de enero de 1966, otorgadas por doña Isidora a favor de los hermanos Manuel , don Herminio , don Agustín , doña Hortensia y doña Agueda , ante el mismo Notario don Juan Zabaleta Corta, números 194 y 595, respectivamente, de su protocolo (documentos 21 y 22).

Sexto. Que son nulas de pleno derecho, y en todo caso ineficaces frente a los actores y personas en favor de los que éstos litigan, las escrituras otorgadas por los demandados don Pedro Miguel , don Balbino y doña Filomena ante el Notario de Las Palmas don Manuel Emilio Romero Fernández el día 26 de marzo de 1992, número 962 de su protocolo (documento 98) aclarada por otras dos, tan nulas de pleno derecho, la primera, de la misma fecha 26 de marzo de número 963 de orden (documento 99), y la segunda, de 19 de mayo de 1993, número 1335 (documento 100), por el mismo fedatario autorizadas; a causa de que todos los bienes de esos instrumentos públicos, tras el fallecimiento de la usufructuaria doña Noelia , correspondieron en propiedad a doña Isidora por herencia o legado de su abuelo, don Celestino , consolidándose en ella el pleno dominio de los mismos, y sin prohibición alguna de disponer o sin condición limitativa de dominio; bienes que luego transmitió dicha señora inter vivos y mortis causa, libremente.

Séptimo. Que mis mandantes don Claudio , doña Hortensia y don Herminio , así como don Raimundo y Agueda y don Agustín , por haber adquirido de doña Isidora las fincas objeto de las mencionadas transmisiones o compraventas del pedimento quinto, en la forma indicada, los actores y demás personas que acaban de nombrar son propietarios absolutos y legítimos de todos los bienes en las repetidas compraventas expresados; hoy en día en la forma que consta en la escritura de división otorgada por los referidos señores de 6 de noviembre de 1984 ante el Notario que fue de la Palmas don Luis Prieto Lorenzo, número de orden 3680 de protocolo (documento 5), respecto a los bienes de la escritura de 2 de mayo de 1966 (documento 2); siempre y caso sin perjuicio de las ventas o segregaciones que los adquirentes hayan hecho de partes de tales fincas a favor de terceras personas.

Octavo. Que son nulas las inscripciones por cancelación o de otra forma obtenidas a su favor o a su nombre por los demandados en el Registro de la Propiedad de Guía mediante las escrituras públicas mencionadas en el pedimento sexto de la súplica de la demanda, sobre las fincas NUM036 convertida en NUM037 , descrita en el hecho primero de dicho escrito, NUM038 , NUM039 , NUM040 , NUM041 y NUM042 , descritas en el hecho cuarto del repetido escrito, del tomo NUM043 del archivo, libro NUM044 de Mogán, en relación con la primera de tales fincas; y asimismo respecto a las demás practicadas al tomo NUM045 del mismo Archivo, libro NUM046 de Mogán; siendo nulas también todas las inscripciones que de los citados asientos pudieran tener causa, en la proporción que sea, que figuren en cualquier forma a nombre de los demandados; librando mandamiento por duplicado ejemplar al Sr. Registrador de la Propiedad de Guía a fin de que cancele tales inscripciones por estar en desacuerdo con la realidad jurídica, registral y extrarregistralmente, y a consecuencia de las nulidades decretadas del apartado sexto precedente.

Noveno. Que las inscripciones registrales a favor de los actores practicadas de acuerdo con la escritura antes mencionadas en los pedimentos quinto y séptimo, y de las inscripciones de los mismos conjuntamente con las demás prenombradas personas obrantes en el apuntado Registro de la Propiedad de Guía, derivadas de las propias escrituras, en relación con las fincas de referencia, constatadas en el anterior, han de pasar a ser las inscripciones vigentes, anulándose las cancelaciones o inscripciones en contra de aquéllas verificadas, y ordenándose así, hágase ello constar en el indicado mandamiento al Sr. Registrador del citado Registro; ordenando además al mismo que cancele de tales inscripciones cualquier mención o expresión que aluda a condiciones resolutorias o suspensivas o a sustituciones fideicomisarias en interpretación de la cláusula octava del testamento de don Celestino , ya que desde el fallecimiento de doña Noelia se consolidó el pleno dominio de tales fincas, sin condición ni prohibición algunas, a favor de doña Isidora , actualmente correspondientes, asimismo en pleno dominio, a los actores y demás personas en cuyo favor litigan, y de conformidad a como ya consta de las inscripciones que han de pasar a ser las vigentes, purgando a éstas de cualquiera de las expresadas condiciones o sustituciones fideicomisarias, mediante otra nueva inscripción o con arreglo a Ley.

Décimo. Que mis mandantes doña Hortensia y don Herminio , juntamente con sus hermanos, doña Agueda y don Agustín , de iguales apellidos, son propietarios por cuartas partes indivisas, y por herencia o legado de su tía doña Isidora , de la sexta parte proindivisa de la finca rústica hacienda de tierras labradías donde dicen DIRECCION008 , o " DIRECCION009 ", del término municipal de Santa Brígida, descrita en los hechos noveno y vigésimo octavo de la demanda, siendo propietarios de las cinco sextas partes restantes los demandados doña Filomena y don Pedro Miguel , por iguales partes indivisas entre éstos; declarando

asimismo nula de pleno derecho, y en todo caso ineficaz frente a los actores y personas en cuyo favor litigan, y en cuanto a todo aquello que afecte a la referida sexta parte indivisa sobre esa finca, la escritura de partición otorgada por los demandados ante el Notario de Madrid don Sergio González Collado el día 17 de mayo de 1977, número 2997 de su protocolo, donde por error se adjudica la "totalidad" de dicha finca por mitad e iguales partes indivisas a los referidos demandados doña Filomena y don Pedro Miguel ; declarando asimismo nula de pleno derecho la escritura de división material de la citada finca otorgada por dichos hermanos ante el Notario de Las Palmas don Francisco Barrios Fernández el día 25 noviembre de 1993, númeroo 1335 de orden, por ser dueños proindiviso los referidos actores Sres. Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Constantino Agueda Hortensia y hermanos, de la sexta parte, asimismo proindivisamente con los repetidos demandados doña Filomena y don Pedro Miguel , en la totalidad de la repetida finca; sin perjuicio en todo caso de las servidumbres o zonas o vías públicas establecidas sobre la total finca o sobre las dos que de la expresada división resultaron, espacios aquéllos que permanecerán como están.

Undécimo. Que la inscripción operada a favor de los demandados don Pedro Miguel y doña Filomena , por mitad e iguales partes indivisas, de sólo las cinco sextas partes, de la finca NUM047 , llamada hacienda de " DIRECCION008 " o " DIRECCION009 ", del término municipal de Santa Brígida, descrita en el hecho noveno de la demanda, en el Registro de la Propiedad Número Uno de los de Las Palmas, es la que debe quedar vigente, y asimismo vigente la inscripción cuarta respecto a la sexta parte a nombre de dona Isidora , anulándose la séptima y última inscripción en cuanto a la referida sexta parte indivisa en el todo de la repetida finca, siendo en todo caso ineficaz frente a los actores Sres. Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Constantino Agueda Hortensia y hermanos, procediendo la nulidad o cancelación y rectificación del correspondiente asiento; para luego inscribirla en el sentido de que quede el asiento de la mentada finca, como última vigente, en cinco sextas partes a favor o nombre de dichos demandados, por terceras e iguales partes, y la sexta parte restante de aquella finca, por herencia de doña Isidora , a favor de los actores doña Hortensia y don Herminio , y hermanos doña Agueda y don Agustín , por cuartas e iguales partes; quedando toda esa finca proindiviso entre éstos y los mencionados demandados en las proporciones expresadas; anulando de pleno derecho, y cancelándolas, las inscripciones de las fincas NUM048 y NUM049 descritas en el hecho noveno de la demanda, la primera, obrante a favor de la demandada doña Filomena , y la segunda, a favor del también demandado don Pedro Miguel ; pasando en definitiva a ser la inscripción o inscripciones vigentes la correspondiente a la finca NUM047 en la forma y distribución antes o primeramente expresada; cancelando de tales asientos, si la hubiere, mediante otra nueva inscripción o conforme a Ley, cualquier expresión sobre sustitución fideicomisaria o sobre acrecimiento a favor de los demandados; todo ello sin perjuicio de las servidumbres o zonas y vías públicas establecidas sobre la total finca o en las dos resultaron de la división de la misma, las cuales permanecerán incólumnas; librando el correspondiente mandamiento por duplicado ejemplar al citado Registro, haciéndolo así constar, todo lo que antecede, y ordenándose asimismo.

Duodécimo. Que doña Isidora , de conformidad con la escritura de partición de 19 de junio de 1901, otorgada ante el Notario don Agustín Millares Cubas, numero 316 de su protocolo (documento 3), era dueña en pleno dominio de la sexta parte proindiviso, sin prohibición alguna de disponer, sobre el resto de ciento cincuenta y siete (157) hectáreas de la finca terrenos llamados de DIRECCION010 , descrita en el hecho vigésimo cuarto de la demanda, y, asimismo en igual proporción, del resto de cincuenta y una (51) áreas de la finca terrenos llamados de DIRECCION006 , descrita también en el hecho vigésimo cuarto del citado escrito, ambas fincas sitas en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana, e igualmente de la sexta parte indivisa de la porción de agua por el Heredamiento llamado de la " DIRECCION011 ", constituido en el Pago de Fataga, del mismo término municipal de San Bartolomé de Tirajana, asimismo descrita en el hecho vigésimo cuarto de la demanda; siendo actualmente dueños de tales porciones, en pleno dominio y sin limitación alguna de disponer, los actores doña Hortensia y don Herminio , y sus hermanos doña Agueda y don Agustín , de iguales apellidos, por cuartas e iguales partes proindiviso, de las expresadas sextas partes, por herencia de doña Isidora , según el testamento de esta señora que otorgara en 17 de marzo de 1966 en Las Palmas de Gran Canaria, ante el Notario que fuera de esta Ciudad, don Antonio Duque Calderón, numero 435 de su protocolo (documento 94, 95 y 96).

Décimo tercero. Que las inscripciones practicadas, en virtud de las escrituras expresadas en el pedimento sexto, a nombre de los demandados por terceras partes indivisas de cada una de las fincas del pedimento anterior, números NUM050 (antes NUM051), NUM052 (antes NUM053) y NUM054 (antes NUM055) descritas en el hecho vigésimo cuarto de la demanda, correspondientes a la circunscripción del Registro de la Propiedad Numero Uno de San Bartolomé de Tirajana, en cuanto a una sexta parte indivisa del todo de cada una de las citadas fincas son nulas de pleno derecho, procediendo la rectificación o cancelación de los correspondientes asientos en el sentido de que queden inscritas las mentadas fincas, en cinco sextas partes, a favor de los demandados don Balbino , don Pedro Miguel y doña Filomena , por terceras e iguales partes entre ellos, y la sexta parte restante a favor de los actores, don Herminio y doña Hortensia , y hermanos doña Agueda y don Agustín , por cuartas e iguales partes, o sea en junto Proindiviso

entre éstos y los demandados el total de cada esas fincas, en las proporciones señaladas, cancelando tales asientos y en todo lo relativo a la cláusula octava del testamento de don Celestino , lo expresado sobre sustitución fideicomisaria recíproca y sobre acrecimiento en favor de don Urbano y de sus herederos, por no existir la primera y no haberse dado el segundo, cancelándose cualquier alusión a condiciones resolutorias o suspensivas; todo ello mediante otra nueva inscripción o conforme a Ley, librándose al efecto mandamiento por duplicado ejemplar al referido Registro en tal sentido y así ordenándolo.

Décimo cuarto. Que los Sres. Manuel , don Herminio y doña Hortensia , y hermanos de éstos don Agustín y doña Agueda , en concepto de herederos instituidos en el testamento de doña Isidora , adquieren por cuartas partes indivisas varias fincas que dejara esta señora a su fallecimiento, procedentes de la sexta parte indivisa que la legara su abuelo don Celestino , de los bienes adscritos al tercio de mejora de la herencia de este causante; según la escritura otorgada por los citados hermanos ante el Notario de La Palmas don José Luis Fernández Alvarez el día 19 de número 817 de su protocolo (documento 10); procediendo anular, cancelar o rectificar todas las inscripciones que en los Registros de la Propiedad pudieran en cualquier forma constar a nombre de los demandados don Pedro Miguel , doña Filomena y don Balbino , o del causante de éstos don Urbano , sobre las indicadas porciones de tales fincas; cancelándose además cualquier alusión a sustitución fideicomisaria en favor de los demandados o de su padre; todo ello mediante nuevas inscripciones o conforme a Ley; librándose los correspondientes mandamientos por duplicado ejemplar a los Registros de la Propiedad donde figuraran inscritas a nombre de los demandados o de su citado causante la referida sexta parte de los bienes dimanantes de indicado tercio.

Décimo quinto. Que, en todo caso, los demandantes y demás repetidas personas en cuyo favor litigan, por la prescripción adquisitiva ordinaria - justo título, posesión de diez años y buena fe-, o por la extraordinaria de treinta años, completando en este caso el tiempo transcurrido a favor de la causante de aquéllos, doña Isidora , desde que ésta dispone de parte de las matrices de algunas de dichas fincas, en concepto de dueña, a favor de terceros, año 1957, hasta que la misma fallece, o haciendo el cómputo desde que vende en 1966, dicha señora, a los actores y demás nombrados hermanos y cuñados, éstos, al amparo de uno y otro cómputos, por usucapión, son propietarios en pleno dominio de los que en concepto de herederos les transmitiera la repetida señora, relativo a la sexta parte del tercio de mejora dejado a ésta por su abuelo, en cuanto a los actores Sres. Herminio Hortensia y hermanos, como de lo que todos éstos adquirieron de aquélla mediante las referidas escrituras de compraventas del apartado que de la súplica de la demanda conjuntamente con Raimundo y don Claudio ; a excepción, en todo caso, de lo que ya ha dispuesto, en segregaciones de los correspondiente bienes, en favor de terceros, que corresponde librando sendos mandamientos por duplicado ejemplar a los Registros de la Propiedad correspondientes haciéndolo así constar, y ordenando en consecuencia la nulidad y cancelación o cancelaciones de las inscripciones que figuraran a nombre de los demandados o de su referido inmediato causante; ordenando también las cancelaciones expresadas en los apartados anteriores relativas a condiciones resolutorias o sustituciones fideicomisarias sobre las fincas correspondientes a los actores y demás personas en cuyo favor litigan.

Décimo sexto. Que se condene a los demandados a indemnizar solidariamente o, en su defecto mancomunadamente, a los actores y, además, en su caso y proporcionalidad, a las personas en cuyo favor éstos litigan derivada de la copropiedad que con aquellos ostentan, por los daños y perjuicios producidos y que se produzcan a todos ellos, causados por las adjudicaciones verificadas a favor de los Sres. Pedro Miguel Filomena Balbino en virtud de las escrituras del apartado sexto, o por las anotaciones preventivas de demandas realizadas los Registros de la Propiedad indicados, o derivados de cualesquiera otras actuaciones de los demandados relacionadas con la causas aquí concretamente señaladas, en relación todo ello con las fincas adquiridas por los actores y personas en cuyo favor éstos litigan, de doña Isidora , mediante compraventas y herencia o legados, en las proporciones expresadas, procedentes del tercio de mejora de la herencia del abuelo de dicha señora; cuya cuantía de tal indemnización se determinará en el período probatorio o, en su defecto, en el de ejecución de sentencia.

Décimo séptimo. Que, finalmente, se condene también a los demandados al pago de las costas, sobre todo por su temeridad y mala fe mas que manifiestas.

Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a los demandados, compareciendo y contestando a la demanda la representación de D. Pedro Miguel , D^a Filomena y D. Balbino , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación, formulando asimismo reconvencción, y terminó suplicando: "... por formulada en tiempo y forma la CONTESTACION A LA DEMANDA que ha sido interpuesta en los autos de referencia contra mis patrocinados, haber por interpuesta en su propio nombre y derecho, y en beneficio de su hermana y coheredera, la codemandada D Filomena , RECONVENCION contra los actores, sobre acción de declaración de nulidad de escrituras públicas, restitución de bienes Y reclamación de daños y perjuicios en orden a su tramitación legal dándosela traslado de todo ello a la parte actora a los efectos prevenidos en el artículo 542 y siguientes de la de Enjuiciamiento Civil, y verificado, se

sirva, en u caso, recibir el juicio a prueba y, tras la práctica de las que fueren declaradas pertinentes y presentados los escritos de conclusión de las partes, dictar en definitiva sentencia por la que se declare:

A) Desestimar totalmente la demanda interpuesta por el Sr. D. Claudio y D Hortensia y D. Herminio por sí y en beneficio de los Sres. D. Agustín y Doña Agueda y D. Raimundo contra D Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino a los que se absuelve totalmente de la misma, bien sea por la excepción de litispendencia opuesta por la parte demandada, sin que sea preciso entrar a conocer del fondo del asunto, o bien, entrando a conocer de este, por no ajustarse lo solicitado por la parte actora a la legalidad, ya que es deber de esta parte actora respetar las inscripciones registrales operadas a favor de los demandados, con obligación de restituirles la plena propiedad y posesión de tales inmuebles inscritos a su favor así como la de aquellos que, perteneciendo al tercio mejora de la herencia de D. Celestino , estos heredaron de su padre, el Sr. D. Urbano , y que se relacionan en las escrituras públicas otorgadas por los demandados, cuyas copias son los documentos números 98, 99 y 100 del escrito de demanda.

B) Por contra, estimar en todas sus partes la reconvencción formulada por Don Pedro Miguel y Don Balbino por sí y en beneficio de la coheredera D Filomena contra los actores y, en cuyo mérito, se declara:

B.1 Que son nulas de pleno derecho las escrituras de compraventa que en sucesivas fechas de 10 y 29 de Enero de 1966 y 2 de mayo de 1966 fueron otorgadas a favor de los actores reconvenidos y los Sres. D. Agustín y D Agueda y D. Raimundo (documentos números 2, 21 y 22 del escrito de demanda) por la Sra. D Isidora , en perjuicio del derecho hereditario del fideicomisario de los bienes allí transmitidos, su hermano Don Urbano , hoy sus herederos aquí codemandados al haber sido enajenados, ilegítima e ilegalmente, por actos intervivos, bienes afectos a una situación fideicomisaria que han pasado a pertenecer, a la muerte sin descendencia de legítimo matrimonio de la transmitente, a aquél, hoy sus herederos aquí codemandados.

B.2 Que son igualmente nulas de pleno derecho todas las disposiciones testamentarias y mortis causa realizadas o que haya podido realizar la Sra. D Isidora a favor de los actores respecto de los bienes pertenecientes al tercio de mejora de la herencia de D. Celestino y que habían de pasar a la propiedad de su hermano D. Urbano , hoy sus herederos aquí codemandados D Filomena , Don Pedro Miguel y D. Balbino ; y, por ende, se ha de declarar nula la escritura de aceptación de herencia y adjudicación celebrada y otorgada a favor de Don. Manuel , aquí actores, el día 19 de agosto de 1992, ante el Notario de Las Palmas, D. José Luis Fernández Alvarez bajo el 2 817 de su protocolo, en cuanto a la adjudicación de bienes que estos realizan a su f como provenientes del tercio de mejora de la herencia de Don Celestino , descritos bajo los apartados Q a173), ambos inclusive, y los números y 93) todos del apartado expositivo III del citado instrumento público.

B.3 Que, como consecuencia de lo anterior se ordena, en cuanto a todas las inscripciones registrales verificadas a lo largo del tiempo a favor de los actores reconvenidos, a virtud de los títulos aquí declarados nulos de pleno derecho, y en los distintas demarcaciones territoriales en que pudieron haberse inscrito, la cancelación de todos los asientos practicados a su favor a virtud de aquellos y de todos los posteriores que tuvieran causa o fuesen consecuencia de los mismos, decretándose, por contra, la inscripción de los títulos de los demandados (doc. números 98, 99 'y' del escrito de demanda) como titulares en plena propiedad y dominio de aquellos bienes o partes indivisas o alcuotas de los mismos que estuvieren inscritos a favor de los Sres. D. Claudio , D Hortensia y Don Herminio , para lo que se expedirán los Oportunos mandamientos por duplicado a los Registros de Propiedad números y 2 de San Bartolomé de Tirajana, al nº 1 de Telde y nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, a tal fin, en orden a proceder a la rectificación de sus asientos conforme a lo prevenido en esta resolución.

B.4 Que se condena a los actores reconvenidos a restituir de inmediato a D Filomena , Don Pedro Miguel y D. Balbino , en su calidad de titulares por terceras e iguales partes en proindiviso, en la propiedad y posesión de todos los bienes que, perteneciendo o proviniendo del tercio de mejor de la herencia de D. Celestino vinieran detentando aquéllos por sí o por medio de tercero en la actualidad.

B.5 Que se condena a los actores a indemnizar mancomunadamente a los codemandados D Filomena , D Pedro Miguel y D Balbino , en la cantidad resultante de sumar los precios o cantidades dinerarias que, por compraventa o cualquier otro título, aquéllos, individual, conjunta, solidaria, proporcional o mancomunadamente hubieran recibido con motivo u ocasión la transmisión a terceros de los bienes inmuebles que, proviniendo del tercio de mejora de la herencia de D. Celestino , hubieran enajenado hasta el actual si no fuera posible restituirlos a los codemandados. Dicha indemnización comprenderá el importe han de dictaminar sobre el importe y valor de la mencionada indemnización.

C) Condenar a los actores a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con expresa imposición de las costas causadas, tanto por la desestimación de su demanda, como por la estimación de la demanda

reconvencional interpuesta en su contra.

Contestada la reconvencción y evacuado el trámite de réplica se acordó dar traslado para dúplica, evacuándose dicho traslado en el termino conferido y dictándose a continuación en el referido procedimiento Auto de fecha 20 de marzo de 1998 , acordando la acumulación del referido procedimiento (mayor cuantía 169/97) al mayor cuantía 1/97.

El Procurador Sr. Cruz Medina solicitó la acumulación del procedimiento de mayor cuantía nº 200/1997 seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de San Bartolomé de Tirajana, al seguido ante este Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, bajo el nº 1/1997 , acordándose dicha acumulación por auto de 22 de junio de 1998.

4º.- En el Procedimiento de mayor cuantía nº 200/1997, la demanda se presentó por D. Agustín , doña Agueda y don Raimundo , representados por el Procurador D. Mauricio Cruz Medina, contra don Pedro Miguel , doña Filomena , y don Balbino , alegando en su escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación y terminaron suplicando: *"...y dicte sentencia por la que se declare:*

1º.- Que doña Isidora , tras recibir mediante escritura de partición de los bienes quedados al fallecimiento de don Celestino otorgada en 19 de Junio de 1901 ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Agustín Millares Cubas, por la participación que a dicha señora correspondía en el tercio de mejora de los bienes del referido causante, una sexta parte indivisa en los bienes que a ese fin en tal instrumento se relacionan, en nuda propiedad, cuyo pleno dominio se consolidó al fallecimiento de la usufructuaria doña Noelia en 23 de 1934, bienes respecto de algunos de los cuales se practicó división material y adjudicación de porciones concretas a doña Isidora , en pago de una sexta parte, mediante escritura de 26 de diciembre de 1949 autorizada por el Notario de la misma capital don Juan Zabaleta Corta, la dicha señora doña Isidora fue titular de los bienes que le correspondieron en dicho tercio de mejora en pleno dominio y sin sujeción a sustitución fideicomisaria, condición o limitación de disponer alguna que se derivara del testamento cerrado de don Celestino otorgado en 30 de Abril de ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Agustín Millares Cubas.

2º.-Que, consolidado el pleno dominio en la forma indicada y adjudicados los bienes mediante las reseñadas escrituras de 1901 y 1949, que nunca fueron impugnadas, doña Isidora , al igual que lo hicieran sus hermanos don Oscar y don Urbano , podía disponer libremente y sin sujeción a condición o limitación alguna de la propiedad de los bienes que adquirió procedentes del tercio de mejora de la herencia de don Celestino , tanto por actos "inter vivos" como por disposición testamentaria y, por consiguiente, los actores adquirieron la propiedad de los bienes que doña Isidora les transmitiera procedentes de dicho tercio.

3º.-Que, en consecuencia, son válidas las ventas que doña Isidora hizo en favor de don Agustín , de los cónyuges doña Agueda y don Raimundo , de don Herminio y de los consortes don Claudio y doña Hortensia , mediante escrituras, una de 10 de Enero de 1.966, cuyo objeto fueron las fincas registrales números NUM056 (en Maspalomas de Arriba), NUM014 (en Maspalomas de Abajo) y NUM008 (en Amurga), las tres en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana; mediante escritura de 26 de Enero de 1966, que tuvo por objeto las fincas registrales NUM002 (resto de porción en Maspalomas de Abajo y NUM000 (resto de trozada en Amurga), en el mismo término municipal; y mediante escritura de 2 de Mayo de 1966, cuyo objeto fueron las fincas registrales NUM003 (en Pedraza, término de San Bartolomé de Tirajana) y NUM036 (en Arguineguín, término de Mogán), fincas todas ellas de las que, salvo segregaciones y enajenaciones de partes de tales fincas que hayan efectuado en favor de otras personas, los actores son dueños en pleno dominio de las fincas compradas, en la proporción que resulta de tales escrituras y, en cuanto a las compradas por escritura de 2 de Mayo de 1966, en la forma que resulta de la división material practicada por escritura de 6 de Noviembre de 1984.

4º.- Que don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia son herederos de doña Isidora , a virtud del último testamento de dicha causante, de 17 de Marzo de 1966, en la proporción de por cuartas iguales partes que en el mismo se indica, y como tales adquirieron al fallecimiento de la misma, acaecido en 1968, la propiedad de los bienes procedentes del tercio de mejora de don Celestino de que dicha señora fue titular y de los que no hubiera dispuesto por actos "inter vivos" y sin perjuicio de los legados instituidos en su dicho testamento, siendo por consiguiente válida, en lo que se refiere a bienes de que fue titular doña Isidora procedentes del tercio de mejora de don Celestino , la escritura de adjudicación de herencia en 19 de Agosto de 1992 por dichos Sres. Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Constantino Agueda Hortensia ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Luis Fernández Alvarez, y de la propiedad de mis mandantes Sres. Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Constantino Agueda Hortensia cuanto de tales bienes se les adjudica en dicho instrumento, así como la propiedad, por iguales partes, de cualesquiera otros bienes que pudieran formar parte del caudal relicto de doña Isidora por lo que son válidas las

inscripciones registrales practicadas respecto de tales bienes a favor de los actores y demás condueños en cuyo beneficio litigan los mismos, al amparo de su título de adjudicación de herencia de doña Isidora formalizado en la referida escritura de 19 de Agosto de 1992

5º.- *Que doña Agueda adquirió por legado la mitad de una sexta parte indivisa de los denominados " DIRECCION012 ", fincas con aguas para su riego sitas en término municipal, según dispuso doña Isidora , en su referido testamento, siendo tales fincas las inscritas en el Registro de la Propiedad de Telde Número Uno con los números NUM057 (en El Tabaibal), NUM058 (agua en el Heredamiento de la Vega Mayor de Telde), NUM059 (en La en El Tabaibal), NUM060 (agua en el Heredamiento de la Vega Mayor de Telde), NUM029 (Cercado de Manrique), NUM061 (La Quintanilla, en Narea), NUM062 (Hoyas de San Juan) y NUM063 (Cercado de Burgos) cuota ésta sobre todas estas fincas que doña Agueda transmitió por mitad a don Balbino y don Pedro Miguel mediante documento privado de 5 de Julio de 1973, quienes podían desde entonces disponer de tal cuota y doña Filomena adquirió la otra mitad de esa sexta parte por legado de doña Isidora ; sin que, por tanto, ninguna de esas dos mitades de esa sexta parte la hayan adquirido los demandados por herencia de su padre don Urbano , por lo que deben cancelarse, en relación a dicha sexta parte que en su día perteneció a doña Isidora , los asientos registrales practicados en virtud de la adjudicación de la herencia de don Urbano en favor de los demandados por escritura de 26 de Marzo de 1992, sin perjuicio del derecho de los demandados a obtener nuevas inscripciones a su favor al amparo sus títulos de compraventa (en cuanto a don Pedro Miguel y don Balbino) o legado (en cuanto a doña Filomena), prescindiendo de la finca NUM057 (El Tabaibal) de dicho Registro, por hallarse ya correctamente inscrita a favor de las personas a quienes fue vendida por los demandados en virtud de sus verdaderos títulos.*

6º.- *Que don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia son dueños por herencia de doña Isidora y en la proporción de una cuarta parte cada uno, de una sexta parte indivisa de la finca sita en donde dicen DIRECCION008 , en el término municipal de Santa Brígida (finca registral NUM047), referida en el hecho decimocuarto de la demanda, y que les fue adjudicada en escritura de partición de herencia de 19 de Agosto de 1992, en la que se relaciona al número 62 del inventario; siendo propiedad de doña Filomena y don Pedro Miguel exclusivamente las cinco sextas partes restantes, por mitad y proindiviso, por lo que es nula, en cuanto se refiere a la sexta parte de que fue titular doña Isidora , la escritura de protocolización de la partición de la herencia de don Urbano de 17 de Mayo de 1977, autorizada por el Notario de Madrid don Sergio González Collado, en la que por error se adjudicó la totalidad de la finca, así como la escritura complementaria de partición de la herencia de Urbano de 26 de Marzo de 1992 (nº 962 del protocolo del Notario de Las Palmas don Manuel Emilio Romero Fernández) y la escritura de división material de esa finca de fecha 25 de Noviembre de 1993, por lo que han de cancelarse las inscripciones derivadas de tales escrituras en cuanto a dicha sexta parte así como las derivadas de la división material de la finca y la creación de las fincas NUM048 y NUM049 , debiendo quedar la primitiva finca NUM047 inscrita en cinco sextas partes indivisas a nombre de doña Filomena y don Urbano , de por mitad, y en la sexta parte indivisa restante a nombre de don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia , por cuartas e iguales partes, todo ello sin perjuicio de cualesquiera servidumbres o áreas de uso público que resulten de actos preexistentes, en relación a los cuales nada reclaman los actores.*

7º.- *Que son nulas las escrituras de 26 de Marzo de 1992 (complementaria de partición de herencia, nº 962 de protocolo), la también de 26 de Marzo de 1992 (complementaria de adición de herencia, nº 963) y la de 19 de Mayo de 1993 (aclaratoria de otra complementaria de adición de herencia, nº 1335), otorgadas por doña Filomena , don Pedro Miguel y don Balbino ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don Manuel Emilio Romero Fernández, por cuanto todos los bienes que mediante las mismas se adjudicaron los otorgantes pertenecen a los actores, por haberles sido transmitidos por doña Isidora .*

8º.- *Que son nulas las inscripciones practicadas a favor de los demandados en el Registro de la Propiedad da Guía en virtud de las escrituras otorgadas por los mismos en 26 de Marzo de 6 de Marzo de 1992 y 19 de Mayo de 1993, reseñadas en el pedimento 7º, en relación a las fincas registrales NUM064 y NUM065 (por ser propiedad ambas de don Agustín), NUM066 (ambas propiedad de los cónyuges doña Agueda y don Raimundo), NUM042 , NUM041 y NUM036 (hoy NUM037) (las tres propiedad de los actores y de las personas en cuyo beneficio litigan), sitas todas en Arguineguín (Mogán) y descritas en el hecho duodécimo de la demanda. Y, en su caso, son igualmente nulos todos los asientos o inscripciones derivados de los practicados a favor de los demandados, que figuren a nombre de los mismos o de cualquiera de ellos o de quienes de éstos traigan causa. Debiendo las referidas fincas NUM064 y NUM065 quedar inscritas a nombre don Agustín , las fincas números NUM067 y NUM066 a nombre de doña Agueda y don Raimundo , y las números NUM042 , NUM041 y NUM036 (hoy NUM037) a nombre, por cuartas partes indivisas, de don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia , en el caso de las señoras para las sociedades de gananciales formadas con don Raimundo y don Claudio , todo ello en la forma en que se hallaba distribuido antes de que las inscripciones a su favor fueran canceladas.*

9º.- Que, habiendo sido doña Isidora titular dominical de una sexta indivisa de un resto de la originaria finca " DIRECCION010 " (antes finca NUM068 , hoy NUM050) que según el Registro de la Propiedad Número Uno de San Bartolomé de Tirajana es de ciento cincuenta y siete hectáreas, así como de una sexta parte en el resto de la finca " DIRECCION013 " o " DIRECCION006 " en su parte del término municipal de San Bartolomé (antes finca NUM051 , hoy NUM052), que según dicho Registro es de cincuenta y una áreas, y de una sexta parte del resto de dos días con sus noches de agua en el Heredamiento de la Fuente de las Hoyetas (antes finca NUM055 , hoy NUM054), restos todos a los que se alude en el hecho decimoquinto de la demanda, tales restos, cualquiera que sea su cabida o contenido real, corresponden en pleno dominio a don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia , por cuartas e iguales partes, como herederos de doña Isidora . Y, en consecuencia, las inscripciones que de dicha sexta parte en tales fincas se han practicado a favor de los demandados en el Registro o Registros de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana son nulas de pleno derecho, debiendo cancelarse o rectificarse los asientos o inscripciones de modo que a nombre de los demandados queden inscritas exclusivamente cinco sextas partes, por terceras partes iguales entre ellos, y la sexta parte restante a favor de don Agustín , doña Agueda , don Herminio y doña Hortensia , como herederos de doña Isidora .

10º.- Que, con independencia de la validez de los títulos de venta, herencia y legado que ostentan mis mandantes sobre bienes a que se refieren los pedimentos precedentes, se dan las condiciones legales para que se hubiese operado en su favor y, en cuanto a los bienes indivisos, también en favor de don Herminio y doña Hortensia y el esposo de ésta última, en relación a tales bienes, la prescripción adquisitiva ordinaria o la extraordinaria, computando en cuanto a esta última el tiempo en que doña Isidora poseyó las fincas litigiosas en concepto de dueña, desde que en el año 1934 se consolidó en ella el pleno dominio por fallecimiento de su madre la usufructuaria, en su defecto desde la división material practicada en 1949 y subsidiariamente desde que principió a realizar actos de disposición de porciones de sus fincas en favor de terceros, en 1957 , o, también en defecto de esto último, desde que vendió a mis mandantes diversas fincas en 10 y 29 de Enero de 1966 y 2 de Mayo de 1966, por lo que si alguno de tales títulos de compraventa, herencia o legado adoleciera de algún defecto, se habrían dado las condiciones para que hubiera operado la usucapación ordinaria o extraordinaria, por lo que en todo caso los actores y las personas en cuyo beneficio litigan son dueños en pleno dominio de las fincas a que se refiere esta demanda, en las formas y proporciones que en ella se indica, sin perjuicio de las fincas o partes de fincas o bienes de las que hayan dispuesto doña Isidora o los don Agustín , doña Agueda y su esposo, don Herminio y doña Hortensia y el esposo de ésta.

11º.- Que los demandados han de respetar la posesión que sobre las fincas litigiosas ostentan los actores.

12º.- Que los demandados han de indemnizar solidaria y en su defecto mancomunadamente a los actores por los daños y perjuicios causados a éstos como consecuencia de las adjudicaciones realizadas mediante las dos escrituras de 26 de Marzo de 1992 y de 19 de Mayo de 1993, complementarias de partición de herencia, otorgadas por los demandados y reseñadas en el hecho decimotercero de la demanda, de los originados como consecuencia de las cancelaciones de inscripciones registrales a favor de los actores, y de cualesquiera otros actos de los demandados, relacionados con los hechos de la demanda y con las fincas litigiosas de que los actores son dueños en su totalidad o en proindivisión, daños y perjuicios que serán objeto de cuantificación en periodo probatorio o en ejecución de sentencia.

13º.- Que han de librarse sendos mandamientos por duplicado y en la forma legalmente procedente a los Registros de la Propiedad en que se hallan inscritas las fincas a que la demanda refiere, a fin de que se proceda a cancelar o rectificar con arreglo a ley las inscripciones declaradas nulas, y a practicar o rehabilitar, también como según ley resulte procedente, las que conformidad con los anteriores pedimentos han de figurar a nombre de los actores o de éstos y de las personas en cuyo beneficio litigan. Así como para que cada uno de los Registros de la Propiedad en cuyas demarcaciones figuren inscritas fincas de las que son objeto de la demanda, cancelen, si existiere, todo asiento o mención que en relación a cualquiera de tales fincas exprese la existencia de condición, sustitución fideicomisaria o limitación de la facultad de disponer supuestamente derivada de la *cláusula octava* del testamento de don Celestino .

Y se Condene a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas procesales causadas".

Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a los demandados, compareciendo y contestando a la demanda la representación de D. Pedro Miguel , D^a Filomena y D. Balbino , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación, formulando asimismo reconvencción, y terminó suplicando:

"A) Desestimar totalmente la demanda interpuesta por el Sr. D. Claudio y D Hortensia y D. Herminio por sí y en beneficio de los Sres. D. Agustín y Doña Agueda y D. Raimundo contra D Filomena , Don Pedro Miguel y Don Balbino a los que se absuelve totalmente de la misma, bien sea por la excepción de litispendencia opuesta por la parte demandada, sin que sea preciso entrar a conocer del fondo del asunto, o bien, entrando a conocer de este, por no ajustarse lo solicitado por la parte actora a la legalidad, ya que es deber de esta parte actora respetar las inscripciones registrales operadas a favor de los demandados, con obligación de restituirles la plena propiedad y posesión de tales inmuebles inscritos a su favor así como la de aquellos que, perteneciendo al tercio mejora de la herencia de D. Celestino , estos heredaron de su padre, el Sr. D. Urbano , y que se relacionan en las escrituras públicas otorgadas por los demandados, cuyas copias son los documentos números 59, 60 y 61 del escrito de demanda.

B) Por contra, estimar en todas sus partes la reconvencción formulada por Don Pedro Miguel y Don Balbino por sí y en beneficio de la coheredera D Filomena contra los actores y, en cuyo mérito, se declara:

B.1 Que son nulas de pleno derecho las escrituras de compraventa que en sucesivas fechas de 10 y 29 de Enero de 1966 y 2 de mayo de 1966 fueron otorgadas a favor de los actores reconvenidos y los Sres. D. Agustín y D Agueda y D. Raimundo (documentos nº 10, 11 y 12 del escrito de demanda) por la Sra. D Isidora , en perjuicio del derecho hereditario del fideicomisario de los bienes allí transmitidos, su hermano Don Urbano , hoy sus herederos aquí codemandados al haber sido enajenados, ilegítima e ilegalmente, por actos intervivos, bienes afectos a una situación fideicomisaria que han pasado a pertenecer, a la muerte sin descendencia de legítimo matrimonio de la transmitente, a aquél, hoy sus herederos aquí codemandados.

B.2 Que son igualmente nulas de pleno derecho todas las disposiciones testamentarias y mortis causa realizadas o que haya podido realizar la Sra. D Isidora a favor de los actores respecto de los bienes pertenecientes al tercio de mejora de la herencia de D. Celestino y que habían de pasar a la propiedad de su hermano D. Urbano , hoy sus herederos aquí codemandados D Filomena , Don Pedro Miguel y D. Balbino ; y, por ende, se ha de declarar nula la escritura de aceptación de herencia y adjudicación celebrada y otorgada a favor de Don. Manuel , aquí actores, el día 19 de agosto de 1992, ante el Notario de Las Palmas, D. José Luis Fernández Alvarez bajo el nº 817 de su protocolo, en cuanto a la adjudicación de bienes que estos realizan a su favor como provenientes del tercio de mejora de la herencia de Don Celestino , descritos bajo los apartados nº 51) al 73), ambos inclusive, y los números 92 y 93) todos del apartado expositivo III del citado instrumento público.

B.3 Que, como consecuencia de lo anterior se ordena, en cuanto a todas las inscripciones registrales verificadas a lo largo del tiempo a favor de los actores reconvenidos, a virtud de los títulos aquí declarados nulos de pleno derecho, y en los distintas demarcaciones territoriales en que pudieron haberse inscrito, la cancelación de todos los asientos practicados a su favor a virtud de aquellos y de todos los posteriores que tuvieran causa o fuesen consecuencia de los mismos, decretándose, por contra, la inscripción de los títulos de los demandados (doc. nº 59, 60 y 61 del escrito de demanda) como titulares en plena propiedad y dominio de aquellos bienes o partes indivisas o alcuotas de los mismos que estuvieren inscritos a favor de los Sres. D. Claudio , D Hortensia y Don Herminio , para lo que se expedirán los Oportunos mandamientos por duplicado a los Registros de Propiedad nº1 y 2 de San Bartolomé de Tirajana, al nº 1 de Telde y nº 1 y 4 de Las Palmas de Gran Canaria, a tal fin, en orden a proceder a la rectificación de sus asientos conforme a lo prevenido en esta resolución.

B.4 Que se condena a los actores reconvenidos a restituir de inmediato a D Filomena , Don Pedro Miguel y D. Balbino , en su calidad de titulares por terceras e iguales partes en proindiviso, en la propiedad y posesión de todos los bienes que, perteneciendo o proviniendo del tercio de mejor de la herencia de D. Celestino vinieran detentando aquéllos por sí o por medio de tercero en la actualidad.

B.5 Que se condene a los actores a indemnizar mancomunadamente a los codemandados D^a Filomena , D. Pedro Miguel y D. Balbino , en la cantidad resultante de sumar los precios o cantidades dinerarias que, por compraventa o cualquier otro título, aquéllos, individual, conjunta, solidaria, proporcional o mancomunadamente hubieran recibido con motivo u ocasión de la transmisión a terceros de los bienes inmuebles que, proviniendo del tercio de mejora de la herencia de D. Celestino , hubieran enajenado hasta el actual si no fuera posible restituirlos a los codemandados. Dicha indemnización comprenderá el importe dinerario por dichas transmisiones, mas los intereses legales correspondientes desde la fecha de su determinación en ejecución de sentencia, hasta la fecha de su efectivo abono. Para el cálculo del principal de la indemnización establecida, se estará a la relación de transmisiones operadas por los actores desde la fecha del fallecimiento de Doña Isidora (29/XII/1968) hasta el actual y que resulten de los asientos de los distintos registros de la propiedad afectados, cuyo detalle se ha de solicitar de dichas oficinas públicas en período de ejecución de sentencia, con especial consignación de los precios o contraprestación económica

que, en su caso, y según los susodichos asientos registrales de transmisión, se hayan declarado u oficialmente transcrito en los mismos.

En defecto de lo anterior, a elección de la parte demandada reconviniendo, dicha indemnización, se valorará y calculará en período de ejecución de sentencia, según lo que resulte de la determinación pericial del valor de los bienes enajenados o transmitidos a tercero y que no puedan en la actualidad ser restituidos por los actores, para lo que se designará judicialmente, en período de ejecución de sentencia también, el perito o peritos que han de dictaminar sobre el importe y valor de la mencionada indemnización.

C) Condenar a los actores a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con expresa imposición de las costas causadas, tanto por la desestimación de su demanda, como por la estimación de la demanda reconvenida interpuesta en su contra.

Contestada la demanda y la reconvenición se dio traslado para réplica, lo que se verificó dentro del término concedido. Por auto de fecha 30 de junio se acordó en los presentes autos (Mayor cuantía 200/97) la acumulación de los mismos al Mayor Cuantía 1/97 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana.

5º.- Acumuladas al juicio de mayor cuantía 1/97, todas las actuaciones, se acordó en dicho procedimiento dar traslado a la actora para que contestase a las reconveniciones y formulase el escrito de réplica.

Por la representación de D. José Javier Fernández Manrique de Lara se formuló el escrito de réplica y contestación a las reconveniciones formuladas por las representaciones del Sr. García Talavera y Sr. Cruz Medina de contrario, entre otras contestaron a la falta de personalidad de los actores, opuesta por la representación del Sr. García Talavera, señalando que los demandantes eran Filomena, Pedro Miguel y Constantino. Los demandantes ampliaron sus pretensiones, solicitando: " 1º) la estimación de la demanda, y desestimación de las reconveniciones, formuladas por la representación Sr. García Talavera y el Sr. Cruz de Medina, 2º) Que se declare la nulidad de las escrituras de compraventa de 10 y 29 de enero de 1966 y 2 de mayo de 1966, otorgadas entre Isidora, como vendedora y don Herminio, Agustín, Agueda Y Hortensia, y sus esposos Raimundo y Claudio, 2º) Que son nulas de pleno derecho las disposiciones testamentarias y mortis causa realizadas o que haya podido realizar doña Isidora, respecto de los bienes procedentes del tercio de mejora del testamento de Celestino, así como se declare la nulidad de la aceptación y adjudicación de la herencia de doña Isidora, llevada a cabo entre los anteriores el 19 de agosto de 1992, y protocolizadas en la escritura de don José Luis Fernández bajo el nº 817 de su protocolo, respecto de los bienes pertenecientes al tercio de mejora de don Celestino, 3º) así como la cancelación de todos aquellos asientos registrales que tengan su causa, en los títulos cuya nulidad se pretende, y la inscripción de los títulos en concreto las de 26 de marzo de 1992 con número de protocolo 962 una y la otro 963 y la de 19 de mayo de 1993 con número de protocolo 1335, otorgadas todas ellas por don Emilio Romero Fernández, 4º) la restitución de los bienes que en la actualidad disfrutaban los demandantes, por sí o por tercero y que sean provenientes del tercio de mejora del testamento de don Celestino, 5º) que se condene a los demandantes a indemnizar a los demandados, así como a la condena de las costas procesales.

Se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana dictó Sentencia, con fecha 29 de abril de 2004 y con la siguiente parte dispositiva: " Que debo desestimar y desestimo las demandas y reconveniciones interpuestas por la representación de don JOSÉ JAVIER FERNÁNDEZ MANRIQUE DE LARA, en nombre y representación de don Pedro Miguel, Filomena y Balbino, habiendo sucedido a doña Filomena la Comunidad Hereditaria formada por D. Juan Francisco, Patricio, Virtudes, Faustino, Amalia Y Leocadia .

Que debo estimar y estimo sustancialmente las demandas y reconveniciones interpuestas por la representación de don JOSE MANUEL GARCÍA TALAVERA, y de don MAURICIO CRUZ MEDINA, el primero en nombre y representación de don Claudio y doña Hortensia y Herminio, y el segundo en nombre y representación de don Raimundo, doña Agueda y don Agustín, y hacer por tanto los siguientes pronunciamientos:

1º) Que debo declarar y declaro que en la cláusula octava del testamento de don Celestino, de fecha 28 de Abril de 1.900 (folio 967 y ss t 3) protocolo, no hay ninguna sustitución fideicomisaria, ni ninguna

sustitución si sine liberis decesserit, existiendo en cambio un derecho de acrecer a favor de los nietos instituidos en dicha cláusula, salvo en el supuesto que le tocase llevar el título de Conde o Condesa a un nieto no nacido al tiempo del fallecimiento del causante, en cuyo caso estaríamos ante una sustitución vulgar.

2º) *Que debo declarar y declaro que Isidora , adquirió los bienes provenientes de la cláusula octava de la herencia de su abuelo don Celestino , libres, sin limitación alguna, ni obligación de conservar y transmitir, pudiendo llevar a cabo actos inter vivos y mortis causa.*

3º) *Que debo declarar y declaro la validez de los siguientes actos:*

- Las ventas hechas entre doña Isidora y sus sobrinos don Herminio , Agustín , Agueda Hortensia , el 10 de enero de 1.966 (f 1250 t 4), ante el notario Sr. Zabaleta Corta, con número de protocolo 184; la 29 de enero de 1.966 (f 1262 t 4), ante el notario Sr. Zabaleta Corta con número de protocolo 595 y la de 2 de mayo de 1966 (f 1270 t 4), también ante el Sr. Zabaleta Corta, con número de protocolo 976.

- El acto de disposición mortis causa formalizado en el testamento otorgado por doña Isidora el 17 de marzo de 1.966, obrante es folio 352 del tomo 2, ante el notario don Antonio Alarcón Luque, con número de protocolo 1.435 declarando (igualmente válidos los legados a favor de sus sobrinas Agueda y Filomena (folio 350 t 2)

- El acto de aceptación de la herencia y adjudicación de doña Isidora , llevada a cabo por sus herederos don Herminio , Agustín , Agueda Y Hortensia , el 9 de Agosto de 1.992 ante el notario que fue de Las Palmas don José Luis Fernández, con número de protocolo 817 (folio 2793 tomo 7 de autos).

- El acto de aceptación y adjudicación de la herencia de don Urbano , llevada a cabo por sus herederos y viuda entre ellos don Pedro Miguel , doña Filomena y don Balbino el día de 17 de mayo de 1977 ante el notario que fue de Madrid don Sergio González Collado, con número de protocolo 997 folio 5.300 tomo 12 de autos).

4º) *Que debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes actos:*

- De los actos complementarios de partición de herencia (folio 5379 t 12) formalizado el 26 de marzo de 1.992 ante el notario Sr. Romero Fernández, con número de protocolo 962; así como el acto complementario de otra de adición de herencia y protocolización de operaciones particionales otorgada, el 26 de marzo de 1.992 ante el notario Sr. Romero Fernández, con número de protocolo 963 (f. 5467 t 12); y por último el acto complementario de adición de herencia y protocolización de operaciones particionales del 19 de mayo de 1993 otorgada ante el Sr. Romero Fernández, con número de protocolo 1.335 (folio 5468 t 12). Estos actos fueron otorgados por doña Filomena y don Balbino , y por don Jacobo en representación de su padre don Urbano .

- La nulidad parcial de la división material y adjudicación llevada a cabo el 25 de noviembre de 1993 ante el notario don Francisco Barrios Fernández, con número de protocolo 1335 , en cuanto a lo que se refiere a división y partición de la finca DIRECCION008 con número registral NUM047 , en el Registro de Las Palmas, al folio NUM069 , del tomo NUM070 (Certificado original al f 5611 t 12).

5º) *Una vez firme que sea esta resolución deberán expedirse los mandamientos de cancelación de los asientos registrales en la forma prevista en los fundamentos vigésimo octavo a trigésimo primero de esta sentencia.*

6º) *Que debo condenar y condeno a quienes representa el Sr. Fernández Manrique de Lara a indemnizar de forma solidaria a quienes representa los Sres. Cruz Medina y el Sr. García Talavera, una vez firme esta sentencia en la forma prevista en el fundamento trigésimo segundo de esta resolución.*

7º) *Que debo condenar y condeno al pago de las costas procesales a quienes representa el Sr. Fernández Manrique de Lara.*

Una vez notificada esta resolución las parte podrán instar el mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares conforme al 744 de la LEC".

SEGUNDO. *Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Agustín , Dª Agueda y D. Raimundo , representados por el Procurador D. Francisco Bethencourt Manrique; D. Pedro Miguel y D. Balbino y los Herederos de Dª Filomena , representados por la Procuradora Dª María del Carmen Benitez*

Lopez; D. Claudio , D^a Hortensia y D. Herminio , representados por el Procurador D. Antonio de Armas Vernetta. Sustanciada la apelación, la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia, con fecha 29 de abril de 2004 , con el siguiente fallo: " 1.- *Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Miguel y D. Balbino , y los herederos de doña Filomena , D. Juan Francisco , cónyuge de la difunta D^a Filomena , y los hijos D. Patricio , D^a Virtudes , D. Faustino , D^a Amalia y D^a Leocadia contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana de fecha 29 de abril de 2004 , la cual revocamos en sus pronunciamientos 6º y 7º absolviendo, en consecuencia a los apelantes en la condena solidaria de indemnizar a los apelados en los daños y perjuicios, así como en el pago de las costas procesales, y la confirmamos en los demás extremos que no hemos dejado sin efecto. 2.- Estimamos en lo necesario las impugnaciones contra la indicada resolución formuladas por la representación de D. Claudio , D^a Hortensia y D. Herminio , y por la representación de D. Raimundo , D^a Agueda y D. Agustín , en los términos expuestos en el fundamento de derecho vigésimo noveno de esta resolución. 2.- No imponemos costas a ninguno de los litigantes en ambas instancias".*

El Procurador D. Antonio de Armas Vernetta, en nombre y representación de don Claudio , doña Hortensia y don Herminio presentó escrito solicitando la aclaración de sentencia, dictándose con fecha 30 de octubre de 2006, Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "... Estimar la solicitud de rectificación de error material en los términos interesados, en el sentido de que en el encabezamiento y fallo de la citada sentencia, donde dice D^a Amalia y D^a Leocadia debe decir D^a María Esther ."

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Pedro Miguel , D. Balbino y los Herederos de D^a Filomena contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representado por la Procuradora D^a María del Carmen Benítez López, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Motivo Único: Errónea interpretación del testamento; infracción de los arts. 667, 670 y 675 del Código Civil , de los arts. 774 a 789 del mismo Código en relación con los arts. 823 a 833 y 981 a 987 del mismo.

Por resolución de fecha 19 de marzo 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. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Pedro Miguel y D. Balbino y los Herederos de D^a Filomena , en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Adolfo Morales Hernández Sanjuan, se personó en nombre y representación de D. Claudio , D^a Hortensia y D. Herminio , en calidad de parte recurrida. El Procurador D. Santos Gandarillas Carmona, se personó en nombre y representación de D. Agustín , D^a Agueda y D. Raimundo , en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 14 de julio de 2009 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Adolfo Morales Hernández Sanjuan, en nombre y representación de D. Claudio , D^a Hortensia y D. Herminio , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de D. Agustín , D^a Agueda y D. Raimundo , impugnó el recurso formulado de contrario y solicitó su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintitrés de febrero de dos mil once, 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 El causante de la sucesión, D. Celestino tuvo tres hijas de su matrimonio con D^a Pilar : D^a Melisa , D^a Rosalia y D^a Noelia . D^a Rosalia premurió a su padre, sin dejar hijos.

2º D. Celestino había otorgado testamento cerrado en el que consta la siguiente cláusula, en relación al objeto de este recurso: "*Lego en usufructo a mi hija D^a Noelia el tercio de todos mis bienes «destinados para mejorar», con relevación de la fianza legal, para que los disfrute durante los días de su vida y a su fallecimiento pase esta mejora a ser propiedad de mis actuales nietos hijos de mi dicha hija Doña Noelia en la siguiente proporción: La mitad de dicho tercio corresponderá íntegra al varón mayor que lo es mi nieto*

Oscar , y la otra mitad se dividirá en tres partes iguales, de las cuales dos partes corresponderán a mi nieto Urbano y una parte a mi nieta Isidora ; ó para más claridad, dividiéndose la porción de este tercio de mis bienes en seis partes iguales, tres partes, ó sea la mitad, corresponden a mi nieto Oscar , dos partes a mi nieto Urbano , y una parte a mi nieta Isidora ; entendiéndose que si alguno de los nombrados mis tres nietos hoy existentes a quienes para en su día mejoro en la propiedad de este tercio, falleciere. sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo mi hija Doña Noelia tuviere más hijos; por lo cual se ve ser mi voluntad que para el caso de que el título de Conde de DIRECCION001 le corresponda a uno de mis nietos, hijo de mi hija Doña Noelia , solo el que de éstos llevé el título, ó le correspondiere llevarle es el que tendrá derecho acrecer a su porción la parte de bienes provenientes de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiere fallecido sin la referida sucesión; pues repito que mi deseo es que se conserve por todo el más tiempo posible, unido al título de Conde de DIRECCION001 , una masa de bienes bastante para que se lleve con el decoro debido. Quedando este legado sujeto a la obligación de contribuir con la mitad de los gastos que anualmente se hagan en las obras de nueva construcción en la finca de la Vega Grande de Guadalupe, no pasando dicha cantidad de dos mil quinientas pesetas anuales durante el tiempo y según los demás particulares que he impuesto y consignado en la cláusula quinta de este mi testamento. Y teniendo en cuenta los valores que representan mis fincas de Maspalomas y Arguineguin, recomiendo a mis hijas que estas dos fincas formen parte de este tercio de mejora; dado el caso de que en el resto de mis días no me dé tiempo suficiente para formular según me propongo, un proyecto de partición de todos mis bienes que se dará por válido si se encuentra entre mis papeles con mi correspondiente firma."

3º Se resumen a continuación las incidencias de la sucesión:

a) El causante D. Celestino , conde de DIRECCION001 , falleció el 5 de enero de 1901. Le sobrevivieron sus hijas Dª Melisa y Dª Noelia .

b) Se otorgó la correspondiente partición.

c) Dª Noelia , heredera del título del condado de DIRECCION001 , tuvo tres hijos: D. Oscar , D. Urbano y Dª Isidora . Dª Noelia falleció en 1934. Los hijos otorgaron partición de los bienes hereditarios y atribuyeron a su hermana Dª Rosalia los bienes correspondientes a su parte de acuerdo con la cláusula del testamento de su abuelo.

d) El hijo primogénito de Dª Noelia , D. Oscar , heredero del título de Conde de DIRECCION001 , falleció el 13 de junio de 1951 sin hijos, en su testamento nombró como heredero suyo a su hermano D. Urbano , a quien también correspondió el título de conde de DIRECCION001 . Entre los bienes que heredó de su hermano premuerto se encontraba la mitad del tercio de mejora que le había sido atribuido a D. Oscar en el testamento de su abuelo.

e) D. Urbano falleció el 19 de noviembre de 1976. Había nombrado en su testamento herederos por partes iguales a sus hijos D. Pedro Miguel , D. Balbino y Dª Filomena , demandantes en el pleito actual.

f) Dª Isidora , tercera de los hijos de Dª Noelia , falleció el 19 de diciembre de 1968, sin hijos. Había vendido algunos de los bienes con los que se concretó en la partición el derecho a la sexta parte del tercio de mejora y además en su testamento de 1966 legó a sus sobrinas Agueda , Hortensia y Filomena una serie de bienes, nombrando herederos a "sus sobrinos Agueda , Hortensia , D. Herminio y D. Agustín , con derecho de sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes legítimo o el de acrecer en su caso".

g) Los actuales recurrentes realizaron una serie de actos posteriores al fallecimiento de Dª Isidora , concretamente, deslindes, paso de tuberías de agua y conexiones a la red general, urbanizaciones del plan parcial del "Campo Internacional de Maspalomas", permutaron fincas con sus primos, compraventas, etc. que están suficientemente documentados y probados en la sentencia recaída en los diversos litigios acumulados en este pleito.

h) A la muerte de D. Pedro Miguel , tercero de los hijos de Dª Hortensia , le sucedieron sus tres hijos D. Pedro Miguel , Dª Filomena y D. Balbino , a quienes se había nombrado herederos por partes iguales.

4º El objeto de los litigios. En la demanda rectora de este pleito, los demandantes D. Pedro Miguel , Dª Filomena y D. Balbino reclaman la devolución a la herencia de los bienes que formaban parte del sexto del tercio de mejora atribuido por el causante D. Celestino , porque consideran que su adjudicataria, Dª Isidora , si bien podía disponer, no podía hacerlo libremente, porque la disposición efectuada a su favor por dicho causante la gravaba al tratarse de una sustitución fideicomisaria, de forma que no tenía poder de disposición sobre los bienes que enajenó.

En los demás pleitos acumulados, en síntesis, se plantean las siguientes demandas:

a) que se interprete la *cláusula octava* del testamento de D. Celestino , para determinar si estableció una sustitución fideicomisaria o bien un derecho de acrecer.

b) Los que sostienen que se trata de una sustitución fideicomisaria piden que se declare la nulidad de las enajenaciones realizadas por D^a Isidora ; los que sostienen que se estableció un derecho de acrecer, entienden que D^a Isidora era heredera libre y por ello, las enajenaciones efectuadas son válidas.

c) Además, se opone a los demandantes la prescripción adquisitiva que habría favorecido a los adquirentes de los bienes, así como los actos propios de los ahora demandantes, que en sucesivas particiones y otros documentos relativos a los bienes que ahora reclaman habrían reconocido la validez de los actos de D^a Isidora y sus herederos, como consecuencia de esta libertad de disposición.

5º El Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, en sentencia de 29 abril 2004 , desestimó la demanda principal y las reconveniones de los demandantes señores Urbano Isidora Oscar Herminio Agustín Constantino Agueda Hortensia .

Estimó las demandas y las reconveniones de los herederos de doña Isidora entendiéndolo que: a) El causante D. Celestino no instituyó una sustitución fideicomisaria; b) doña Isidora adquirió los bienes que se le atribuyeron del tercio de mejora en calidad de heredera libre; c) los actos efectuados por doña Isidora tanto entre vivos como por causa de muerte son válidos; d) la aceptación de la herencia por los herederos de don Pedro Miguel demandantes es un acto válido; e) la nulidad de los actos complementarios de la partición de la herencia de don Pedro Miguel ; f) la cancelación de las inscripciones, y g) la indemnización por parte de los herederos de don Pedro Miguel a los herederos de doña Isidora .

6º Apelaron los demandantes en el pleito principal, es decir, D. Jacobo , D. Balbino y los herederos de D^a Filomena . Los demás intervinientes en estos pleitos comparecieron como apelados impugnantes.

Se resumen a continuación los argumentos de la sentencia de la sección 6ª de Las Palmas de Gran Canaria, de ocho junio 2006 :

1º Interpretación de la cláusula del testamento del causante D. Celestino . Se argumenta que: a) a pesar de tratarse de un testamento cerrado, tiene un contenido técnico; b) el testador pretendía establecer una vinculación sin en realidad establecerla; c) utilizando las técnicas de interpretación testamentaria confirma la interpretación efectuada por la sentencia de primera instancia, al comparar las instituciones testamentarias contenidas en las cláusulas séptima y octava del testamento, que llevan a la sentencia recurrida a concluir que la establecida en la séptima constituye una sustitución, mientras que en la octava, que se ha transcrito en el FJ 1º, se contiene solo un derecho de acrecer .

2º *Interpretación de la cláusula testamentaria por medios extrínsecos* . Utiliza la sentencia recurrida los actos propios de los sucesores del causante y considera que el llamamiento por cuotas distintas no excluye el derecho de acrecer para concluir *"que fue instituido un derecho de acrecer entre los tres nietos del testador, D. Oscar , D. Urbano y D^a Isidora , de manera que sobreviviendo éstos tanto al testador como a su madre, usufructuaria de dicho tercio, unificaron usufructo y nuda propiedad, consolidaron de este modo su dominio sobre los bienes recibidos, produciéndose por tal supervivencia, la purificación de su derecho hereditario, con plenitud de facultades dominicales"*.

3º *La usucapión* . A pesar de que la Sala considera válidos los contratos otorgados por D^a Isidora respecto de los bienes que componían el tercio de mejora, los demandados pidieron una pronunciación expresa del Tribunal acerca de la usucapión; la Sala dijo que *"[...] en efecto concurren en los impugnantes los presupuestos previstos para la procedencia de la usucapión ordinaria a su favor"* , todo ello *"en el bien entendido de que, como ya se precisó, se ha declarado previamente que sus títulos de adquisición son, precisamente, tales actos dispositivos, así como la transmisión operada por testamento de D^a Isidora "*.

En definitiva la sentencia recurrida confirmó la validez de los contratos efectuados por doña Isidora y estimó en parte el recurso en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios, revocando la concedida en la primera instancia a los demandados.

7º Interponen recurso de casación los demandantes D. Pedro Miguel y D. Balbino . Los herederos de doña Filomena , es decir, su esposo D. Juan Francisco y los hijos D. Patricio , D^a Virtudes , D. Faustino , D^a Amalia y D^a Leocadia . El recurso fue admitido por auto de esta sala de 14 julio 2009 .

SEGUNDO . Enunciado del recurso

El recurso de casación presenta un *Motivo único*. Denuncian los recurrentes la interpretación errónea del testamento, con infracción de los *artículos 667,670 y 675 CC* , así como de los *artículos 774 a 789 CC* , en relación con los *artículos 823 al 833 y 981 al 987CC* .

Las líneas de defensa del recurso de casación se centran en los siguientes argumentos:

1º *La interpretación de la cláusula testamentaria*. Se está "torciendo completamente" la voluntad del testador, de modo que queda desvirtuado su deseo claro y expreso de que los bienes fueran unidos al título de Conde de DIRECCION001 durante el mayor tiempo posible.

2º *La eficacia temporal de la cláusula* . Para el supuesto previsto por el testador, es decir, que se favoreciera a aquel de sus nietos a quien correspondiera llevar el título, lo único plausible era establecer una sustitución fideicomisaria, dada la edad del propio testador y su situación familiar. Aplicar el supuesto acrecimiento "determina que la cláusula únicamente tendría posibilidades de producir algún tipo de resultados en el corto plazo pese a que no hay en la condición impuesta por el testador indicio alguno que permita intuir que su voluntad era limitarse a regular este supuesto".

3º *Necesidad de atemperar la interpretación del testamento en el momento en que fue otorgado* .

4º *El derecho de acrecer del nieto futuro* . Se planteaba qué ocurriría con el llamamiento a un nieto que naciera posteriormente. Se ha utilizado el término "acrecer" en sentido impropio, como reconoció la propia sentencia de 1ª Instancia, porque además el hecho de que el testador no hable únicamente de fallecimiento, sino de fallecimiento sin descendientes de legítimo matrimonio obliga a pensar que no nos hallamos ante una sustitución vulgar, sino fideicomisaria.

5º *El derecho de acrecer en cuotas desiguales* . El testador desea establecer una sustitución fideicomisaria, en la que al contrario de lo que ocurre con el acrecimiento, es indiferente que la institución se efectúe en cuotas iguales o desiguales. La voluntad del testador es clara en el sentido de regular la situación de los fallecimientos sin descendencia de sus nietos después de su propia muerte, lo que no tiene nada que ver ni con el derecho de acrecer, ni con la sustitución vulgar.

6º *Otros errores* . En las sustituciones fideicomisarias condicionales el fiduciario puede enajenar los bienes sujetos a la condición, de modo que no es esencial que el testador imponga la carga de conservar, porque va implícita en dicho fideicomiso.

7º *Los actos propios*. La sentencia los utiliza para interpretar el testamento. Es cierto que durante muchos años los nietos actuaron como si ignorasen la sustitución fideicomisaria, y por ello los consentimientos estarían viciados por error y los actos no podrían tener la eficacia de los actos propios.

8º *Prescripción* . No han transcurrido los treinta años de la usucapión extraordinaria y no concurren los requisitos de la buena fe y justo título de la ordinaria.

En las alegaciones, los recurridos a) entienden que se produce un óbice de admisibilidad debido a la forma de citar los artículos impugnados al parecer de la parte recurrente; b) en relación a la interpretación de la cláusula testamentaria insisten en que el testador no quiso una sustitución fideicomisaria y aunque admiten que hay una prohibición de disponer, según los recurrentes carece de la contundencia que exigen los *Arts. 781 y 783 CC* ; c) es posible el derecho de acrecer en partes desiguales, por lo que doña Isidora heredó en propiedad y sin reserva alguna de acuerdo con la *cláusula séptima* del testamento de don Celestino , que no estableció ninguna sustitución fideicomisaria; d) en cualquier caso los herederos demandados habrían adquirido por usucapión, y e) existen actos propios de los recurrentes.

TERCERO . Estimación en parte del óbice de admisibilidad.

Lleva razón la parte recurrida en lo que respecta a la admisibilidad del recurso en lo referido al apartado relativo a la infracción denunciada de los *arts. 774 a 789 CC* , en relación con los *artículos 823 al 833 y 981 al 987CC* . Sin embargo, el problema central de este recurso es la infracción de las normas relativas a la interpretación, por lo que los argumentos van a centrarse en esta parte.

CUARTO . La interpretación de la cláusula testamentaria.

La *cláusula séptima* del testamento del causante D. Celestino contiene una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del testador que son a la vez fiduciarios y fideicomisarios. Esta conclusión difiere de la sostenida en la sentencia recurrida, pero a ella se llega interpretando el testamento de acuerdo con lo establecido en el *art. 675 CC*, que se alega como infringido en el recurso de casación.

La verdadera voluntad del testador debe deducirse del sentido literal de las palabras utilizadas, lo que no excluye la posibilidad, según el *art. 675 CC*, que se pruebe claramente que fue otra distinta. De aquí la jurisprudencia de esta Sala ha dicho que si las palabras están claras, se han de interpretar de forma literal, a no ser que claramente aparezca que fue otra la voluntad del testador, "sin que sea lícito al intérprete la búsqueda de otros medios probatorios más allá de la literalidad" (SSTS de 18 junio 1979, 24 marzo y 8 junio 1982, 26 marzo 1983). La sentencia de 22 noviembre 2010 se plantea de nuevo el problema de la interpretación de las cláusulas testamentarias y recuerda que "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". Asimismo, sentencia de 2 noviembre 2010, que declara la preferencia de la voluntad del causante sobre la literalidad de los términos empleados.

La primera regla interpretativa es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Algunas sentencias antiguas, como las de 9 junio 1962 y 23 octubre 1971 permiten entender que si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción, de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugarán un papel accesorio en la interpretación y sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso.

Especialmente problemática resulta la utilización de la conducta de los llamados como medio interpretativo de un testamento en el que evidentemente, no concurrieron. La sentencia de 8 mayo 1979 dice que *"esa interpretación testamentaria, fue estimada siempre sin contradicción, por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trata, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras, de carácter extrínseco al testamento mismo, que como autoriza la jurisprudencia, contribuyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador"*.

Sobre esta cuestión debemos volver más adelante.

QUINTO . La interpretación de la *cláusula octava* del testamento de D. Celestino .

Debemos ahora aplicar los anteriores criterios a la interpretación de la *cláusula discutida, que ha sido reproducida en el Fundamento primero* de esta sentencia.

La *cláusula testamentaria en cuestión está dividida en dos partes* muy bien diferenciadas: la primera parte, que finaliza en la frase "por lo cual" contiene la disposición; la segunda parte a partir de la anterior frase, expresa las razones de la forma de *disposición establecida*. *Se van a examinar estas dos partes una en función de la otra, porque la interpretación debe abarcar toda la cláusula y no quedarse limitada a la primera parte, como, al parecer, ha ocurrido en la sentencia que ahora se recurre.*

En la primera parte de la cláusula, se grava la mejora con una sustitución fideicomisaria en la que los nietos son los sustitutos fideicomisarios y la madre, D^a Noelia, condesa de DIRECCION001, es la fiduciaria. Los fideicomisarios, sin embargo, no reciben un llamamiento libre, sino que en sus respectivas cuotas, fueron gravados recíprocamente, el uno a favor del otro, tal como permite el *art. 824 CC*.

Esta Sala llega a esta conclusión con base a la utilización de los siguientes criterios de interpretación, de acuerdo con el *art. 675 CC*.

1º Aunque la hija D^a Noelia fue llamada en usufructo, la falta de nudos propietarios en la institución hace que deba aplicarse la *regla del art. 787 CC*, que equipara estas instituciones a las sustituciones fideicomisarias. (Ver STS de 22 noviembre 2010).

2º El llamamiento se limita a los nietos del testador, porque de esta forma se cumple con la restricción establecida en el *art. 781 CC*.

3º Los nietos aparecen gravados recíprocamente para el caso de no tener *hijos*, "*entendiéndose que si alguno de los nombrados mis tres nietos hoy existentes a quienes para en su día mejoro en la propiedad de este tercio, falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo mi hija Doña Noelia tuviere más hijos*". De aquí se deduce la existencia de una de las modalidades de sustitución fideicomisaria más típicas, que es la que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos, de modo que el último fallecido adquiere libremente.

En la segunda parte de la cláusula aparecen las razones del testador para efectuar este tipo de institución, que la explican claramente. El testador explica cuál es su voluntad cuando dice "*por lo cual se ve ser mi voluntad que para el caso de que el título de Conde de DIRECCION001 le corresponda a uno de mis nietos, hijo de mi hija Doña Noelia, solo el que de éstos llevé el título, ó le correspondiere llevarle es el que tendrá derecho acrecer a su porción la parte de bienes provenientes de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiere fallecido sin la referida sucesión*". No puede obviarse esta segunda parte de la cláusula a los efectos interpretativos de la voluntad del testador, ya que el testamento es una unidad y ello, además, se constata con la redacción de la *cláusula séptima*, donde claramente se contiene una sustitución fideicomisaria para otro supuesto. No hay discrepancia entre ambas cláusulas, sino homogeneidad.

SEXTO . *Significado de la expresión "acrecerá"*.

Las partes se han preocupado principalmente de dar un sentido a la expresión "acrecerá" que aparece en la *cláusula séptima* con la finalidad de para darle un sentido que impidiera la vinculación de los llamados. La utilización de este verbo no debe ser entendida en sentido técnico jurídico, sino como forma de expresar que va a ir a parar a quien ostente el título de Conde de DIRECCION001 la parte de mejora que aparece gravada por el testador. Efectivamente, de la interpretación conjunta que se ha efectuado hasta aquí, se deduce que la finalidad buscada por el testador en redactar esta cláusula no se limitaba a encontrar un heredero que finalmente adquiriera estos bienes, y evitar así que quedase vacante una parte de la herencia, para la que serviría el derecho de acrecer, sino que lo que verdaderamente quiso el causante y testador D. Celestino era beneficiar a quien ostentara el título y evitar por una parte, la dispersión de sus bienes, lo que se observa también cuando D. Celestino aludió a un hipotético plan de distribución de los bienes que al parecer no llegó a realizar, y por otra, que quien ostentara el título nobiliario no pudiera mantener el "decoro de la casa".

La expresión "acrecerá" debe interpretarse en el sentido que se le atribuye en la segunda parte de la cláusula examinada, es decir, significa que la parte de quien fallezca sin hijos "incrementará" la parte de quien aun sobreviva y así hasta el último de los nietos llamados como fideicomisarios y a la vez fiduciarios recíprocos.

Con esta interpretación se superan las discusiones sobre si resulta o no posible el acrecimiento en partes no iguales, puesto que no existe tal derecho de acrecer.

SEPTIMO . *Los actos propios de los nietos del causante.*

La especial estructura del recurso de casación presentado en este caso, que no distingue en motivos diferenciados las infracciones que imputa a la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a examinar todos los aspectos antes de decidir sobre la estimación o no del recurso.

Se ha dicho ya que nos encontramos ante una cláusula que estableció una sustitución fideicomisaria sometida a la condición de que los fideicomisarios/fiduciarios falleciesen sin hijos matrimoniales y que esta sustitución era recíproca. Deben examinarse ahora las vicisitudes posteriores de la sucesión.

Las sentencias recaídas en este litigio, que han negado esta naturaleza a la referida cláusula, han basado una parte de sus argumentos en los actos posteriores de los herederos quienes comenzaron por calificar esta institución como un usufructo, de modo que al fallecimiento de la madre, hija del causante, D^a Noelia, primera fiduciaria, consolidaron la nuda propiedad y han venido efectuando actos de propiedad, comenzando por la atribución en partición a la hermana D^a Rosalia de bienes sobre los que después efectuaron una serie de negocios jurídicos de muy diverso tipo, que demuestran que dichos nietos se consideraban herederos libres en relación a los bienes sometidos al fideicomiso.

Estas conductas no pueden ser utilizadas como una vía para interpretar el testamento. Pero sí que son lo suficientemente importantes como para constituir actos que demuestran su voluntad de desconocer sus derechos como fideicomisarios. Los propios recurrentes admiten que los referidos nietos "actuaron durante años como si ignorasen la sustitución fideicomisaria instituida". Los actos enumerados en las sentencias de 1ª Instancia y de apelación, consistentes en ventas de importantes partes del patrimonio fideicomitado, urbanizaciones, parcelaciones, etc., crearon por parte de los nietos una apariencia de que los bienes de que estaban disponiendo eran de libre disposición, de modo que sería incluso posible deducir que se produjo una renuncia a sus derechos como fideicomisarios, aunque esta sería una cuestión nueva que no es posible introducir en este momento. En cualquier caso, sí es oportuno recordar aquí que el fideicomisario, y el causante de los recurrentes lo era, puede disponer de sus derechos al fideicomiso y esto lo efectuó D. Urbano a través de sus actos de disposición. Por ello, no pueden sus herederos ahora alegar la existencia de una sustitución fideicomisaria que efectivamente gravaba los bienes objeto de la discusión, pero que no tuvieron en cuenta en el momento de disponer y de autorizar los actos de Dª Isidora , en los diversos contratos que ha quedado probado que se celebraron.

OCTAVO . *La usucapión.*

Los recurrentes dicen que no han transcurrido los años necesarios para que se considere consumada la usucapión extraordinaria. La sentencia recurrida considera que ha tenido lugar la usucapión ordinaria, porque concurre justo título y buena fe.

Los argumentos vertidos en el anterior Fundamento eximen a esta Sala de entrar a examinar estos argumentos.

NOVENO . *Estimación parcial del recurso .*

De acuerdo con los argumentos que preceden, esta Sala llega a las siguientes conclusiones en relación a las infracciones denunciadas por los recurrentes:

1º Debe estimarse la infracción denunciada del *art. 675 CC* .

2º La *cláusula octava* del testamento de D. Celestino contenía una sustitución fideicomisaria condicional que gravaba recíprocamente a sus nietos.

3º Sin embargo y aplicando la doctrina de esta Sala relativa a la equivalencia de resultados, debe desestimarse el recurso por la concurrencia de actos propios de los causantes de los recurrentes que demuestran claramente su voluntad de ignorar la vinculación.

4º No se imponen a los recurrentes las costas de su recurso de casación.

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

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Miguel , Dª Filomena y D. Balbino , sucedida Dª Filomena por su esposo D. Juan Francisco y los hijos D. Patricio , Dª Virtudes , D. Faustino , Dª Amalia y Dª Leocadia , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 5ª, de 8 junio 2006 .

2º Se declara que la *cláusula octava* del testamento de D. Celestino contenía un sustitución fideicomisaria condicionada, en la que los nietos del testador eran fideicomisarios recíprocos.

3º Se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida, incluida la declaración sobre las costas.

4º No se imponen las costas de este recurso de casación a ninguno de los recurrentes. D. Juan Francisco y los hijos D. Patricio , Dª Virtudes , D. Faustino , Dª Amalia y Dª Leocadia

5º 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 .- Jesus Corbal Fernandez.- Jose

Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rubricados.- 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.