

El Juzgado número 24 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida, en el derecho de arrendamiento constituido por el padre se subrogó a su muerte su esposa y, al fallecimiento de ésta, su hijo, por lo que los derechos dimanantes de tal subrogación correspondían a aquél, puesto que era el único que podía continuar ocupando la vivienda, conservando tal naturaleza la compensación económica percibida por la resolución del arrendamiento, cantidad que invierten en la adquisición de un piso que tendrá carácter privativo. El derecho de subrogación no es derecho hereditario porque, en tal caso, la ley no podría disponer a favor de uno de los herederos, ni excluir de su derecho al cónyuge que no convivió, sino que había de atenerse al régimen de la herencia, sin que tenga facultad de disponer el causante. Pero, en realidad, hay que distinguir entre el derecho de subrogación y la efectiva subrogación en el contrato que genera un nuevo contrato. El derecho de subrogación es un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razón de interés social y no es derecho hereditario, siendo un derecho que nace y se agota con su ejercicio, de modo que no es susceptible de valoración económica con independencia de las ventajas que producen la posibilidad de obtener un arrendamiento de vivienda con renta baja. Una vez ejercitado el derecho de subrogación, el contrato se sujeta a la disciplina del régimen de gananciales, sin que pueda calificarse como adquisición a título gratuito, puesto que origina una contraprestación onerosa. El derecho de arrendamiento se adquiere en el momento en el que se convierte un contrato *ex novo* por subrogación, adquiriéndose a costa de los bienes comunes, tanto más cuanto que se trata de arrendamiento de vivienda, cuyos gastos son imputables al sostenimiento de la familia. Tal posición es acorde con la Ley de 1994, que determina que el desistimiento del contrato es un derecho que corresponde a ambos cónyuges. La referida norma es aplicable en el caso, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Transitoria 2.ª de la misma Ley (Contrato de vivienda celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985). Los arrendamientos, celebrados antes de esa fecha, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continúan rigiéndose por las normas de la LAU de 1964 y serán aplicables a estos contratos, entre otros, el artículo 12 de la presente Ley.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. FUNDACION. CAPACIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2001.)

La fundación testamentaria tiene capacidad para suceder antes de su constitución formal.

La testadora nombró heredera de determinados bienes, entre los que se encuentra la vivienda objeto de la litis, a la fundación piadosa instituida en

su testamento con el nombre de «Cerrada y Cao», la cual no se constituyó formalmente hasta algunos años después del fallecimiento de la testadora, durante cuyo tiempo estuvieron poseyendo la vivienda la hija de la testadora, a quien dejó el usufructo, y luego las nietas de ésta, carentes del título de su madre. Una vez construida canónicamente la Fundación, se adjudicó la vivienda a ésta por los albaceas.

El Abogado del Estado, en representación del Patrimonio del Estado, reivindica la vivienda como bien vacante, alegando que la fundación carecía de capacidad sucesoria. Por su parte, las hijas de la usufructuaria, nietas de la testadora, alegan que han adquirido la propiedad de la vivienda por usucapción, como poseedoras durante un período de tiempo de cincuenta años de buena fe y con justo título. Ambas pretensiones son desestimadas por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 35 de Madrid, y por la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de esta capital, declarando el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, no haber lugar al recurso de casación, pues el heredero final, en condición de titular dominical, es la Fundación, al ostentar dicha cualidad de heredero desde el momento del fallecimiento de la causante, aunque formalmente no estuviera constituida, pero sí *instituida* por la testadora, que la nominó y designó los bienes con los que pudiera desarrollar los cometidos encomendados.

El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la Fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 del Código Civil les reconoce capacidad para adquirir por testamento. Su constitución canónica y civil opera a los efectos de consolidar legalmente la personalidad con la que las dotó institucionalmente la testadora y de este modo poder llevar a cabo actos, con dotación de capacidad plena y, en este orden, una vez asistida la Fundación Cao Cerrado, de las formalidades legales que la hacían operativa en el tráfico jurídico es cuando pudo manifestar su decisión de aceptar expresamente la herencia, lo que tuvo lugar por medio de la escritura de 27 de abril de 1990, con anterioridad a que el Estado promoviese la demanda reivindicatoria que creó el pleito, jugando desde entonces su decisión de consolidarse como heredera, con la toma de la posesión del bien, lo que autoriza el artículo 993 del Código Civil, o la voluntad contraria de no hacerse cargo del mismo y no ser tenida como heredera, a efectos del cómputo del plazo prescriptivo.

El motivo se rechaza y lo que se deja expuesto pone de manifiesto que la casa litigiosa no se la puede reputar bien patrimonial vacante, sin dueño conocido, ya que éste resulta identificado y de la legítima pertenencia a la Fundación, que dispuso de la misma a título de dueño, al haber enajenado parte de las divisiones por consecuencia de la escritura de propiedad horizontal otorgada.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2001.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que revocó la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 5 de Gijón, conforme a los siguientes fundamentos:

En el segundo motivo se aporta infracción de los artículos 662, 663-2, 666 y 695, en relación al 200 y 6-3, todos ellos del Código Civil, para lo que se busca apoyo en la sentencia del Juzgado, que estimó las pretensiones de las recurrentes.

Los hechos probados que acceden firmes vienen a ser: *a)* Don Aurelio Solar González ingresó en el Hospital de Cabueñas (Gijón), el 22 de junio de 1989, procedente del Hospital de Jove, para ser tratado de carcinoma renal; *b)* Con fecha 10 de agosto de 1989 fue trasladado al domicilio de la demandada, doña Honorina Álvarez Suárez, en estado terminal; *c)* El 14 de agosto de 1989, siendo de estado soltero, otorgó testamento en el domicilio referido, instituyendo heredera única y universal a la demandada, y *d)* El día 18 de agosto de 1989 falleció el causante de referencia, siendo la causa del óbito paro cardíaco-carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en psiquiatría, sino en medicina interna, el que no examinó directa y personalmente al testador, ya que la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo y más bien resulta explicativa de los informes y datos suministrados por los hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento y así el perito no informa propiamente sino que «sospecha» que a los cuatro días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, sin descartar que «tuviera algún momento de mayor lucidez» y también *supone* que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica empeorase, con mayor acúmulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica con obnubilación progresiva, estupor y muerte».

La sentencia recurrida sienta la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, que ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio, y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 (sentencia de 19-9-1998), es decir, no sólo a aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficiente y concluyentemente acreditada (sentencias de 26-9-1988; 22-6 y 26-12-1992; 10-2 y 8-6-1994; 27-11-1995 y 18-5-1998), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento conforme al mandato del artículo 666.

La insania mental, dice la sentencia de 8-6-1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios. Los preceptos 662, 666-2.º y 666 no resultan infringidos.

En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (sentencias de 23 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1998), pudiendo, al conformar presunción *iuris tantum*, ser combatida por prueba suficiente y eficiente (sentencia de 19 de septiembre de 1998, que cita las de 26-9-1988, 13-13-1990, 24-7-1995 y 27-11-1995); pruebas, que siendo de cuenta de las demandantes, no han aportado a los autos, llevando a cabo valoración propia e interesada, tanto de la prueba pericial como de la documental hospitalaria y de la testifical, lo que no procede al no haberse alegado en el motivo error de derecho, con cita obligada del precepto que lo apoye, según reiterada y conocida doctrina jurisprudencial.

El motivo se desestima.

El último motivo contiene infracción del artículo 695 en relación al 687 y 6-3 del Código Civil, sosteniendo que procedía ser declarado nulo el testamento controvertido, otorgado el 14 de agosto de 1989 y decretar la validez del anterior, de fecha 7 de marzo de 1985, en el que aparecen las recurrentes, sobrinas del testador, instituidas sus herederas únicas y universales por partes iguales.

La nulidad radical del testamento, que establece el referido artículo 687, exige que no se hayan observado las formalidades establecidas por el Código, actuando el artículo como regla general que impone tener en cuenta las reglas específicas de cada testamento para poder ser tenido instrumento transmisor de la última voluntad del causante, dotado de la necesaria eficacia jurídica.

La denuncia casacional de las recurrentes se refiere a que en el testamento discutido en el pleito hay dudas si lo firmó o no el otorgante, para lo que se apoya en la sentencia del Juzgado.

Dichas dudas no son tales y baste tener a la vista el documento en el que el Notario hace constar bien claramente en el cuerpo del clausulado que el otorgante no firma «por manifestar que aunque sabe no puede hacerlo debido a su enfermedad que le aqueja, por lo que firma por él y a su ruego, a la vez que lo hace por sí, el primero de los testigos, de lo que doy fe».

Tal manifestación notarial no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que al final del documento se haga constar: «Siguen las firmas de don Avelino Solar González» y la de los testigos, ya que, evidentemente, y resulta fácil de entender, se está refiriendo a la firma que estampó el testigo instrumental por el otorgante, conforme autoriza el artículo 695 del Código Civil, vigente al tiempo de los hechos.

Comentario.—Reitera esta sentencia la doctrina jurisprudencial, según la cual la capacidad del testador afirmada por el Notario constituye una presunción *iuris tantum* que precisa ser combatida por prueba suficiente y eficiente, esto es, concluyente, sin que, a su vez, pueda desvirtuarse por presunciones e informes más o menos técnicos carentes de la necesaria presunción y rotundidad.

ALBACEAZGO. SUSTITUCION EJEMPLAR. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2001.)

El albacea y contador-partidor, nombrado con carácter universal por ambos cónyuges, está facultado para liquidar la sociedad de gananciales.

Basta que la declaración de incapacidad sea anterior a la efectividad de la sustitución.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Primero.—Para entender el actual recurso es preciso hacer constar que don Victoriano Gómez Fernández demanda a su hermano, don Fernando Gómez Fernández, así como también a sus hermanos incapaces, don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, en la persona de su tutor, y a los también Contadores-Partidores, don Valentín Martín Herrero y don Pedro Cuesta Ruiz, así como también a su hermano don Gregorio Gómez Fernández, hoy fallecido, solicitando, entre otras, que se declare que las operaciones particionales que se llevaron a cabo en su día como consecuencia del fallecimiento de sus padres, son nulas, y asimismo que las sustituciones ejemplares realizadas en su día por sus padres, en cuanto a los herederos y hermanos de mi representado don Abundio y don José Luis Gómez Fernández, son ineficaces e inexistentes en derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-5 (*sic*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sin duda ha querido decir apartado 4 y así se considerará para los otros motivos—, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se han infringido los artículos 904 y 905 del Código Civil.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, y acertadamente en la sentencia recurrida se dice que el actor, ahora recurrente, no ha probado como le incumbía, cuál era la fecha en el que se solicitó, en el acto de jurisdicción voluntaria correspondiente, la prórroga que puede conceder el Juez para continuar las funciones propias del albaceazgo. Pues como es lógico, la prórroga judicial deberá solicitarse antes de que se haya extinguido dicho albaceazgo por cumplimiento del período de tiempo inicial o, en su caso, de la primera o anteriores prórrogas.

En resumen, que el período a contar se deberá iniciar a partir del momento de la petición de prórroga del albaceazgo, y esa es la data inicial para ver si ha caducado o no el plazo para ejercer —en el presente caso— las funciones de albaceazgo en su faceta de contador-partidor.

Segundo.—El segundo motivo lo residencia la parte recurrente en el artículo 1.692-4, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 776 del Código Civil.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su precedente.

La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que una persona por incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente.

Ello no es admisible, y así la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1956, especifica de una manera muy concreta que «la declaración de incapacidad

del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad».

Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932), que no se encontraba dentro de una lógica actual.

En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1979 y 15 de mayo de 1985, sobre todo cuando aquélla es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso.

Tercero.—El tercer y último motivo está basado por la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 1.392 del Código Civil.

También este último motivo debe ser desestimado.

Este motivo carece absolutamente de fundamento, desde el instante mismo en que se ha desestimado el primer motivo.

Pero es que, además, en el presente caso ambos cónyuges, en sus respectivos testamentos, nombran un mismo albacea-partidor, con carácter universal, facultándolo de la más amplia forma y manera para partir la herencia, y de una manera obvia y en absoluta lógica, dentro de tales atribuciones, se debe encontrar la liquidación, por sí solo, de la sociedad de gananciales, constituida por ambos esposos, y así se constata en la disposición testamentaria que dice «que se faculta al albacea a realizar todo aquello que podría hacer por sí mismo la testadora».

Comentario.—Resulta evidente que viviendo uno de los cónyuges, el sobreviviente puede, con el albacea y contador partidor, liquidar la sociedad de gananciales sin precisar la intervención de los demás sucesores. Por lo mismo, fallecidos ambos cónyuges, el albacea y contador partidor común o los nombrados por cada uno de los cónyuges, pueden efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo e indispensable para la partición.

Frente a la estricta exigencia de la previa declaración de incapacidad al testamento, el criterio más abierto, con apoyo en que el artículo 776 no exige expresamente que tal declaración sea anterior al testamento, se contenta con que la misma preceda a la efectividad de la sustitución. Ahora bien, ¿qué se entiende por *efectividad* de la sustitución? Una opinión sería la de que hay que atender el fallecimiento del testador, que es cuando se hace efectivo el testamento, y por consiguiente la cláusula ordenando la sustitución. Otra, la de que basta con que la declaración sea anterior a las operaciones particionales, solución que parece aceptar la sentencia al manifestar «sobre todo cuando aquélla —la sustitución— es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso».

FIDEICOMISO DE RESIDUO. DISTINCION ENTRE EL «SI ALIQUID SUPERERIT» Y EL DE «SI DE EO QUOD SUPERERIT». (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes Fundamentos Jurídicos:

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

2.º) Es claro que en la disposición ulterior del heredero universal, además de fiduciario, en su testamento abierto de 28-12-94, actúa a tenor de lo autorizado por la fiduciante que le facultaba a esa disposición y que la concreta en citado acto de última voluntad comprensivo de la totalidad de su patrimonio relicto, a tenor del alcance amplio del testamento según el artículo 667 del Código Civil, sin que se comparta, como aspiran los motivos a que en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque sobre ambos tenía facultades plenas el *de cuius*, los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo *mortis causa* (supuesto como se debe amparado en el art. 783, *in fine*).

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

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

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

Comentario.—El testamento de doña P. V. H., fiduciante dispone: «Instituye heredero universal a su esposo don V. G. en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Y a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales entre los cuatro hermanos de la testadora (S., M., L., y R.) con sustitución vulgar igualmente en favor de sus descendientes respectivos y derecho de acrecer en su caso». Por su parte, el testamento del viudo establece: «Instituye herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea su naturaleza y procedencia, a sus dos hermanas E. y J. V. G., por partes iguales entre ellas».

La pretensión por la parte recurrente, sobrinos de la testadora fiduciante, de que al disponer el fiduciario autorizado en el testamento de aquélla de todos sus bienes indiscriminadamente, sin aludir expresamente a los bienes objeto de la fiducia, tal disposición no comprenda estos bienes, no puede mantenerse y carece de sólida base, teniendo en cuenta la dicción literal del fiduciario en su testamento al decir «cualquiera que sea su... procedencia».

SUCESION TESTADA. LEGITIMAS. USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL. APLICACION DEL ARTICULO 820, NUMERO 3.º, DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2001.)

La facultad alternativa del artículo 820, número 3.º, del Código Civil es aplicable aunque no se atribuya expresamente en el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Bilbao, conforme a los siguientes Fundamentos de Derecho:

El fallecido don Leandro Sanz Gayán había otorgado, con anterioridad a su muerte, testamento notarial abierto, en el que legó a su esposa doña Felisa Gil Gutiérrez, el usufructo universal de su herencia, y a los hijos comunes doña María del Carmen y don Javier, los instituyó herederos en la nuda propiedad de la misma herencia. Nombró albacea a su esposa por el plazo legal con prórroga de treinta años, y contadores-partidores a los abogados que denominaba.

Doña M.^a del Carmen Sanz Gil demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a su madre doña Felisa y a su hermano don Javier. Suplicaba en su demanda sustancialmente la declaración de su derecho a participar en la legítima sin gravamen ni carga alguna; en la mejora, con el gravamen del usufructo; en el tercio de libre disposición en pleno dominio, por no estimar aplicable el artículo 820.3.º del Código Civil, al no haber otorgado de modo expreso el testador la facultad de optar.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, confirmando su sentencia en grado de apelación la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto la actora el recurso de casación.

El único motivo del recurso acusa a la sentencia recurrida de aplicación indebida de los artículos 820.3.º y 813, párrafo 2.º, todos del Código Civil. De su extensa fundamentación se deduce sustancialmente que lo pretendido por la recurrente es dejar incólumes sus derechos legitimarios, «renunciando a lo sumo a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición», y que «en todo caso renunciará a su cuota de participación en la nuda propiedad de la porción de libre disposición». La exposición, más bien de naturaleza puramente doctrinal sobre la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en relación con los artículos citados como infringidos, termina con unas páginas dedicadas a exponer la pasividad del albacea y contador-partidor nombrados por la testadora, pasividad en el desempeño de sus cometidos que perjudica a la recurrente como coheredera.

El motivo se desestima, pues contiene una absoluta variación de *causa petendi* de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental, pues si se admitiera esa conducta, el litigio quedaría reducido a una única y definitiva instancia, precisamente ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la recurrente instó en su día la ineficacia de la cláusula testamentaria de atribución al cónyuge viudo del usufructo de toda la herencia por oponerse a la intangibilidad de su cuota hereditaria en virtud del artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil. Solicitaba por ello su participación en el tercio de legítima estricta sin ninguna carga, en el de mejora gravado con el usufructo legal en favor del cónyuge viudo y su participación con su hermano en pleno dominio en el tercio de libre disposición. Estimaba que el usufructo universal de su madre requería para su eficacia que el causante hubiese concedido de modo expreso a los legitimarios que habrían de soportar el gravamen de su legítima la facultad de optar por cumplir su disposición o ver reducida su participación en la herencia a lo que les correspondía por legítima. En suma, que la aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil exige concesión expresa de esa facultad, de lo contrario la cláusula, estableciendo el usufructo universal, era nula por infringir el artículo 813, párrafo 2.º del Código Civil (folio 62 y 63 autos).

Ahora, en el recurso, la participación de la recurrente en el tercio de libre disposición desaparece, está dispuesta a que su parte en la nuda propiedad del mismo se considere renunciada con tal de recibir la legítima, tal y como dispone el citado artículo 813 del Código Civil, en suma, está optando por uno de los términos del dilema del artículo 820.3 del Código Civil (entrega al legatario de usufructo de la parte libre), y está admitiendo que este último precepto se aplica aunque no haya atribución expresa por el causante de la facultad de opción. Es claro que la recurrente ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia.

Así las cosas, esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, que altera de raíz el planteamiento de la controversia, ni combatir de oficio las declaraciones y fallos de aquellos órganos, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo, la cláusula, estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del artículo 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizarite, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla.

En este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. Como dice acertadamente la sentencia recurrida, «no se puede acceder a las pretensiones de la legitimaria demandante y aplicar de oficio la cautela sociniana que la propia demandante niega sea virtual en su propia demanda, entrañaría incongruencia con sus pretensiones».

Comentario.—La solución dada en este litigio parece que choca frontalmente con la literal expresión «los herederos forzosos podrán...», que implica el que todos los herederos forzosos estén de acuerdo. A falta de acuerdo unánime, habría que distinguir: Si en el testamento se expresa que de no consentir el usufructo universal viudal, recibirá el viudo la parte de libre disposición (con o sin la conminación de quedar reducido el hijo disconforme a su legítima corta), no cabe duda que habrá de acatarse tal disposición. En otro caso, ante el silencio del testador, parece algo discutible una solución idéntica a la anterior. Y, en última instancia, parece que tal usufructo universal no podrá afectar al hijo disconforme. Pudiera también cuestionarse si en tal supuesto queda sin efecto el usufructo del tercio de mejora (que ya estaba embebido en el universal), toda vez que el 820-3.º se contenta con atribuir el usufructo universal o simplemente la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador, en este caso un tercio. Frente a ello cabe argumentar que el 820, aunque dentro de la sección que trata de las legítimas, no contempla expresamente el supuesto del cónyuge viudo, sino el establecido a favor de cualquier persona.