Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento

Comentario a la STSJ Cataluña de 22 enero 2004 (RJ 2004, 1037)

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Civil y Penal

Ponente: ***Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu***

CATALUÑA: FILIACIÓN: adoptiva: efectos: derechos hereditarios: la Constitución no establece un derecho de igualdad entre los hijos por naturaleza y los hijos adoptivos con relación a la familia del adoptante; SUCESIÓN TESTADA: fideicomisos: fideicomiso familiar si sine liberis decesserit: naturaleza jurídica y efectos; institución sucesiva de heredero a favor de los hijos «legítimos»: expresión que no comprende a los hijos adoptivos: interpretación de la voluntad del testador que falleció en 1945 y otorgó testamento en 1927: inaplicable la normativa actual de igualdad y equiparación de los hijos; tras la CE debe entenderse que queda incompleta la condición a que se sujeta el llamamiento fideicomisario si el heredero fiduciario fallece sin dejar descendencia matrimonial, no matrimonial o adoptiva; USUCAPIÓN: inexistencia: posesión que no es a título de dueño sino de precarista o cultivador de hecho de la finca; ACCESIÓN: derecho de retención por siembra o explotación en suelo ajeno: inexistencia: pretensión de resarcimiento por la explotación de una finca durante más de 30 años sin tener en cuenta los beneficios que la explotación ha reportado al actor.

Disposiciones estudiadas: CE, arts. 14 y 39.2; Llei 37/1991, sobre mesures de protecció dels menors i de l'adopció, arts. 26 y 27.1.

Sentencias citadas: Sentencias de 23 mayo 1991 (RJ 1991, 3786), 19 julio 1993 (RJ 1994, 2851), 9 marzo 1995 (RJ 1995, 6772) y 5 febrero 2001 (RJ 2001, 8172).

ANTECEDENTES DE HECHO

El causante, D. José Ignacio otorgó, en 1927, testamento abierto notarial en el que se incluía la siguiente disposición:

> «Séptima. Y de todos sus restantes bienes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo Don Jesús Ángel, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán en pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Sergio, D. Bruno, D. José Ignacio y D. Juan Miguel, no a todos juntos sino el uno después del otro por orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiendo que si al tener efecto alguna de las tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos».

D. José Ignacio falleció en 1945, pasando sus bienes a D. Jesús Ángel, quien falleció, sin descendencia, en 1997.

D. Sergio, siguiente fideicomisario, había premuerto también sin hijos, y D. Bruno, que había venido explotando una finca desde 1965 a título de mero cultivador de hecho, no de propietario, que lo seguía siendo D. Jesús Ángel, falleció en 1995, dejando dos hijas adoptivas en edad de testar.

En 1998, D. José Ignacio, siguiente fideicomisario, inscribió las fincas objeto de la herencia a su favor al haber alcanzado sus hijas legítimas edad de testar.

Las hijas adoptivas de D. Bruno, Dª Amelia y Dª Laura, interpusieron demanda declarativa de dominio y de condena a D. José Ignacio (siendo, posteriormente, parte procesal sus hijas por fallecimiento del demandado) a entregarles bienes por mor del derecho a la sucesión hereditaria del causante a través del padre adoptivo de aquéllas, D. Bruno.

Asimismo, la esposa de D. Bruno, Dª María del Pilar, interpuso acción declarativa de dominio por usucapión y, subsidiariamente, una acción de derecho de retención sobre la finca que había venido explotando su marido.

El JPI desestimó íntegramente ambas demandas acumuladas, resolución que fue confirmada en apelación.

Las demandantes-apelantes recurren en casación, invocando, de una parte, infracción de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, en relación con los 26 y 27.1 de la Llei 37/1991, sobre mesures de protecció dels menors i de l'adopció; de otra, infracción de los arts. 278 y 342 de la Compilació de Dret civil de Catalunya.

El TSJ declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.–Hoy la pretensión de las recurrentes se encamina a afirmar que su condición de hijas adoptivas no puede privarles de sus derechos hereditarios porque la voluntad del testador debe interpretarse a la luz del contenido de los preceptos constitucionales –singularmente, de los artículos 14 y 39.2– vigentes en el momento en que se producen los efectos de la sucesión y, en concreto, de la sustitución vulgar que se contiene en la segunda parte de la cláusula testamentaria (según la parte recurrente, la cláusula testamentaria contiene dos sustituciones: una primera, fideicomisaria condicional *sine liberis decesserit* y otra sustitución vulgar, exigiéndose la condición de legítimos de los hijos sólo en esta segunda), que es en el año 1997, cuando se produce el óbito del fiduciario. En este sentido, cita la parte recurrente la sentencia de esta Sala de fecha 23 de noviembre de 1998 (RJ 1999, 1341) y la del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 5507).

Además, se dice en el recurso, en esta fecha –1997– estaba vigente la Llei 37/1991, de Mesures de Protecció del Menors i de l'adopció, cuyo art. 26 establece que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza y cuyo art. 27.1 determina que la adopción causa parentesco entre el adoptante, sus ascendientes y descendientes, y el adoptado y sus descendientes.

TERCERO.–El motivo de recurso no puede ser estimado.

Se trata, como las partes reconocen, de un tema eminentemente jurídico que se centra en determinar cuál fue la verdadera intención del testador al disponer la cláusula controvertida y si esta voluntad puede resultar condicionada por los preceptos legales y constitucionales hoy en vigor.

Es, en consecuencia, necesario partir de la incontrovertible premisa de que nos encontramos ante un caso de sucesión testamentaria, esto es, de sucesión voluntaria, donde la voluntad del *de cuius* es Ley de la sucesión.

Conviene en segundo término resaltar que la cláusula testamentaria contiene un típico evento de sustitución fideicomisaria condicional, *si sine liberis decesserit,* modalidad, generalizada en Cataluña con la intención de conservar el patrimonio en el seno de la familia (como se reconoce en nuestra sentencia de 12 de junio de 1995 [RJ 1995, 9972]), que se caracteriza por una disposición en favor del hijo –primogénito comúnmente– que queda gravada de restitución en favor de los demás hermanos para el caso en que el primero fallezca sin dejar hijos o sin dejar hijos en edad de testar (art. 174 de la Compilació de Dret civil de Catalunya [RCL 1984, 2994 ccaa y LCAT 1984, 1888], 196 y ss., del Codi de Successions per causa de mort [RCL 1992, 456 y LCAT 1992, 46 y 205]). Se trata, entonces, de una institución sucesiva de

heredero, ya que, como pone de relieve la doctrina romanista, toda la esencia de la herencia fideicomisaria se centra en el ordo successivus impuesto por el causante, lo que determina atribuir inicialmente al fiduciario la condición de heredero y que los fideicomisarios devengan también herederos del fideicomitente aunque le sucedan no de forma directa o inmediata, sino después de extinguirse la titularidad del primer instituido o heredero fiduciario.

Lo anterior reviste importancia capital a los efectos de la presente litis.

De un lado, no estamos ante una sucesión legal, que ha de regirse necesariamente por los requisitos normativos vigentes y respetar el marco constitucional que la envuelve. Estamos ante un acto de voluntad del testador, que es Ley de la sucesión y que es expresión concreta del principio de libertad civil.

De otro, la prevalencia de la voluntad del testador, Ley de la sucesión, ha de predicarse sobre toda la disposición testamentaria, no sobre parte de ella, que necesariamente se halla condicionada por la otra parte en el *ordo successionis* impuesto por aquél. No es factible, pues, la distinción que realiza el recurrente sobre la existencia de dos fases en la cláusula testamentaria: la sustitución fideicomisaria condicionada y la sustitución vulgar, con diferentes espacios hermenéuticos. La voluntad es una y única, como una y única es la intención que guía toda la sucesión: la de mantener el patrimonio en el ámbito de la familia. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Sala, en sentencias de 19 de julio de 1993 (RJ 1994, 2851), 9 de marzo de 1995 (RJ 1995, 6772) y 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 8172).

Y la voluntad del testador es clara, tanto en su interpretación literal, como puesta en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que es expresada, año 1927, cuanto en el momento en que se abre la sucesión, año 1945.

La expresión hijos legítimos no comprende a los hijos adoptivos. La distinción entre hijos matrimoniales (o legítimos en la acepción tradicional) y no matrimoniales se proyecta únicamente en relación con los hijos por naturaleza, es decir, los nacidos en el seno de una unión heterosexual, mientras que la categoría de los hijos adoptivos es ajena a esta subdistinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales de los hijos por naturaleza. Esta Sala tiene dicho que «La Ley estatal de 24 de abril de 1958 (RCL 1958, 760), reformadora del Código Civil (LEG 1889, 27) en materia de adopción, confirió al adoptado la condición de hijo respecto al padre y/o madre adoptantes, pero no le atribuyó el *status familiae* en relación a la del adoptante, ya que según el art. 174 del Código la adopción establecía un vínculo de parentesco entre el adoptante, el adoptado y su descendencia legítima, pero no respecto a la familia del adoptante». En Cataluña, la Compilació de Dret civil de 1960 (RCL 1960, 1034), en su art. 248, establecía que los hijos adoptivos sólo eran llamados a la sucesión intestada del padre o madre adoptantes, pero no a la sucesión intestada de otros parientes de los adoptantes, en consonancia con el criterio expuesto de que la adopción originaba únicamente un *status filii* y no un *status familiae.* Véase, en tal sentido y con extensión, nuestra sentencia, ya citada, de 19 de julio de 1993 (RJ 1994, 2851).

Tradicionalmente, de otra parte, se había venido entendiendo que la condición de morir sin dejar hijos solamente quedaba incompleta si el heredero fiduciario moría dejando descendencia legítima. Así de deducía de la redacción original del art. 174, quinto párrafo, de la Compilació («Unicament seran considerats fills posats en condició els legitims i els legitimats per subsegüent matrimoni del fiduciari, a menys que el testador disposi altrament») y así lo había entendido el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de febrero de 1960 y 12 de marzo de 1974). La reforma de la Compilació del año 1984, que perseguía la equiparación jurídica de todos los hijos, se limitó a sustituir el calificativo de legítimos (y legitimados) por el de matrimoniales. De forma que, como afirma nuestra común doctrina catalana, en territorios forales se ha admitido el principio de que, tradicionalmente, el llamamiento en favor de los hijos –para los puestos en condición– sólo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos.

Cierto que hoy la situación es diferente. Los arts. 14 y 39.2 de nuestra Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836) han impuesto un principio de igualdad entre todos los hijos, los arts. 26 y 27.2 de la Llei catalana 37/1991 (RCL 1992, 415 y LCAT 1992, 31), de Mesures de Protecció del Menors i de l'Adopció, equiparan los derechos de los hijos adoptivos a los de los hijos por naturaleza y el Codi de Successions per causa de mort a Catalunya ha suprimido el párrafo último del art. 174 de la Compilació, de modo que hoy ha de entenderse que queda incompleta la condición si el heredero fiduciario fallece sin dejar descendencia matrimonial, no matrimonial o adoptiva (en relación también con el art. 113.1 del Codi de Família [RCL 1998, 2135 y LCAT 1998, 422 y 521]).

Ahora bien, como se ha dicho, no es ésta la situación aplicable, porque no lo quiso así el testador –Ley sucesoria– y porque no se contemplaba así en el momento de redactar el testamento y en el de su fallecimiento.

En este sentido resulta ilustradora la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3786): «Los artículos 14 y 39-2º de la Constitución, no implican una "constitucionalización" de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posible discriminación de sin son "intra" o "extra" matrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo artículo 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional obviamente, sino a través del artículo 823 del Código Civil (LEG 1889, 27) según redacción de la Ley de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981, 1151)». Y es también sumamente ilustrador el Auto del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de enero de 1992 (RTC 1992 (RTC 1992, 19 AUTO), que inadmitió el recurso contra la indicada sentencia, en el que se lee: "... se recurre una resolución judicial que lleva a cabo la interpretación de una disposición testamentaria, y tal interpretación testamentaria debe efectuarse conforme a la voluntad de la testadora, voluntad que no puede aislarse del momento histórico y legal en que se otorga el testamento. Por tanto, no es posible utilizar en la interpretación de tal llamamiento a la herencia, producido en el año 1931, conceptos actuales, que entonces no existían y que por ello no pudieron ser tomados en consideración por dicha testadora".

En consecuencia y como al principio se ha dicho, el motivo de recurso no puede ser acogido».

CUARTO.–En relación a la pretensión de la esposa de D. Bruno, la parte recurrente sostiene que la sentencia objeto de recurso hace prevalecer los actos unilaterales efectuados por el propietario a espaldas del poseedor, sobre los numerosos actos de dominio llevados a cabo por el poseedor durante más de treinta años, lo que, a su entender, contradice la doctrina sentada por esta Sala. A continuación efectúa una larga valoración de la prueba practicada en primera instancia.

No estamos en una tercera instancia y conoce perfectamente la parte recurrente que la valoración de la prueba es función que incumbe, en exclusiva, a los Tribunales de instancia. Ante ellos se practica y ellos deben ponderarla. Sólo si este juicio de ponderación es irracional, ilógico o arbitrario puede en casación ser modificado.

Sin embargo, en la Ley actual el cauce para el combate de la valoración de la prueba es el recurso extraordinario por infracción procesal y tal vehículo no ha sido usado por la parte. De esta forma, la Sala debe atenerse estricta y específicamente a los hechos que el Tribunal de instancia ha declarado probados.

La Audiencia pondera: de un lado, la documentación aportada por la parte demandada y, singularmente, el pago del Impuesto de Bienes Inmuebles, certificado del Ayuntamiento en el que se le notifica los nuevos valores catastrales, certificación de la cesión para caza de determinados terrenos integrados en la finca Can Bitxo; de otro, la documentación de la actora (acta de notoriedad, póliza de seguro agrario, libreta manuscrita de gastos, cosechas, pagos, cobros, etc.) y prueba testifical.

Ponderados todos los elementos probatorios, el Tribunal concluye que el esposo de la actora, D. Bruno, explotó la finca desde 1965, pero tal explotación lo fue a título de mero cultivador de hecho, como lo acreditan su documentación y el entendimiento de los testigos, no de propietario, que lo seguía siendo D. Jesús Ángel, como lo prueban sus actos propios de dueño y que, además, no podía ceder en donación la finca a su hermano pues no era heredero libre.

Tal valoración de la prueba no es contraria a Derecho ni es arbitraria ni está opuesta a la razón o al sentido común. Tampoco con ella el Tribunal ha vulnerado regla alguna jurídica impuesta por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Tal doctrina tan sólo enseña que los actos unilaterales efectuados por los titulares a espaldas del poseedor no impiden la posesión en concepto de dueño. Ahora bien, tal posesión en concepto de dueño ha de existir –porque es requisito *sine qua non*– que especifica el art. 342 de la Compilació (RCL 1960, 1034) y lo que precisamente se discute en el caso de autos es el carácter de la posesión, llegando la Audiencia, como se ha dicho, a la conclusión que la posesión de la finca Can Bitxo por el esposo de la demandante no lo fue a título de dueño sino a título de precarista/cultivador.

Por lo anterior, el segundo motivo de recurso ha de ser también desestimado.

QUINTO.–La parte interesa que le sean abonadas todas las inversiones y mejoras realizadas en la finca desde 1965, que cifra en la suma de 61.146.636 pesetas.

La Audiencia deniega tal petición sobre la base de que la misma es distinta y extraña a la contenida en el precepto normativo catalán, pues encierra un resarcimiento de la total explotación de la finca durante los más de treinta años, sin tener en cuenta los beneficios que la explotación ha reportado a quien ahora reclama.

Realmente el art. 278 de la Compilació no está pensado para casos como el presente. Se trata en verdad de un derecho de retención no de una acción de resarcimiento. El precepto autoriza a quien edificó, plantó, sembró o aró de buena fe en suelo ajeno a retener la edificación, plantación o siembra hasta que se le reintegre, afiance o consigne el precio de los materiales, semillas, plantas o jornales. El precepto, como se dice en nuestra sentencia de 25 de abril de 1992 (RJ 1992, 10276), recoge parcialmente las prescripciones del Usatge si quis alieno, incluido en el Libro VII de las Constitucions i altres Drets de Catalunya. Su aplicación al caso, sin embargo, no ha sido cuestionada en este recurso en lo que afecta a su origen jurídico –sólo se alude al tema en la sentencia objeto de recurso– por lo que, en este aspecto, tampoco caben mayores elucubraciones en aras a conservar el principio de congruencia.

Con todo, el precepto tampoco está pensado para una inversión –de tracto sucesivo– de tan largo tiempo y menos en cuanto la retención se hace depender, en este caso, del pago del total coste de aquélla.

Es jurídicamente correcta la tesis expuesta en la sentencia que se combate: «La actora ahora recurrente confunde el sentido reparador del art. 278 y lo lleva al absurdo de pretender ser resarcida del supuesto coste de la explotación sin tener en cuenta los beneficios obtenidos por la misma y sin que sea admisible que en esta alzada haya alegado la posibilidad de deducir tales beneficios porque ésta es una cuestión trascendental que debió ser debatida en la instancia. El derecho de retención ejercitado sólo tendría sentido si la actora hubiera acreditado la realidad de plantaciones recientes que no hubieran podido ser amortizadas y de las que pudiera derivar un beneficio sin causa para el propietario», dice la sentencia, sin que sean necesarias mayores precisiones.

La actora, en efecto no ha intentado ni practicado prueba alguna en este sentido y su pretensión es puramente resarcitoria sin que conste precio alguno de supuestos materiales, semillas, plantas o jornales de operarios en su caso abonados y dejados de percibir, con el consiguiente perjuicio injusto causado.

Siendo ello así, la solución desestimatoria, aplicada ya en nuestra sentencia de 1992 de anterior mención, es la consecuente.

COMENTARIO

El caso objeto de litigio

Son varias las cuestiones controvertidas de índole jurídica que afloran en la sentencia objeto del presente comentario, si bien, por la brevedad exigida en estos casos, nos vamos a ocupar sólo de algunas de ellas.

La situación jurídica debe analizarse partiendo de los hechos admitidos y probados y que pueden resumirse del siguiente modo: el causante otorgó testamento abierto en 1927, en el que ordenaba una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit,* muy frecuente tradicionalmente en Cataluña, según la cual, el primer instituido sólo adquiere la herencia y puede disponer libremente de la misma si llega a tener hijos que alcancen la pubertad *(cum liberis decesserit)* pues de lo contrario, la herencia se defiere al segundo hijo y así sucesivamente hasta que se cumpla la condición. Cumplida la referida condición, el testamento prevé una sustitución vulgar en beneficio de los hijos legítimos del fideicomisario, para el caso de premoriencia de éste.

El testador falleció en 1945.

El heredero fiduciario murió sin descendencia en 1997, fecha en la cual, el primer fideicomisario condicional (fiduciario respecto del fideicomisario posterior), conforme al orden sucesivo impuesto por el testador, había premuerto sin hijos, al igual que el siguiente llamado, si bien éste dejando dos hijas adoptivas en edad de testar, quienes interpusieron demanda contra el sucesivo fideicomisario (siendo, posterior-

mente, parte procesal sus hijas, por fallecimiento de éste), por haber inscrito, en 1998, los bienes objeto de herencia a su favor al haber alcanzado sus hijas legítimas edad de testar.

Así las cosas, tanto el otorgamiento del testamento notarial como la muerte del *de cuius* se producen con anterioridad a la CE de 1978; no así el momento en que acontece el fallecimiento del heredero fiduciario, 1997, a quien habían premuerto el primer y segundo fideicomisarios, el primero sin hijos y el segundo padre adoptiva de dos hijas, las demandantes-apelantes-recurrentes.

Como bien puede intuirse, la interpretación de la expresión *«hijos legítimos»* empleada por el causante en su testamento resulta ser la cuestión debatida en el pleito, por cuanto se entiende, por las actoras, que su condición de hijas adoptivas no puede privarles de sus derechos hereditarios, pues la voluntad del testador debe interpretarse a la luz del contenido de los preceptos constitucionales –singularmente, de los arts. 14 y 39.2– vigentes en 1997, cuando se produce la muerte del primer instituido. Es de imaginar, puesto que no se recoge expresamente en la Sentencia, que la parte demandada estima que, tratándose de hijas adoptivas (no *legítimas,* si empleamos la misma terminología) del fideicomisario, se cumple la condición *sine liberis decesserit.*

Por tanto, el examen del problema jurídico que aquí se plantea gira en torno a determinar cuál es la normativa aplicable al presente supuesto: si la vigente al momento del otorgamiento del testamento notarial y muerte del testador o, en cambio, como señalan las actoras, la constitucional en vigor a la muerte del heredero fiduciario (introducida en el CC por obra de las reformas de 1981) y, en consecuencia, fijar la interpretación que debe darse a la expresión *«hijos legítimos»,* excluyente o comprensiva de los adoptivos.

I. BREVES NOTAS ACERCA DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Se trata de una institución jurídica de larguísima tradición histórica (recuérdense el fideicomisario romano y los mayorazgos y vinculaciones familiares del Derecho Castellano), escasamente estudiada por la doctrina científica y jurisprudencial, pues, de las pocas sentencias modernas del Tribunal Supremo vertidas sobre ella, la mayoría se refieren *«a la sustitución fideicomisaria de residuo: así, Sentencias de 13 marzo 1989 (RJ 1989, 2039), 22 julio 1994 (RJ 1994, 6578) y 22 noviembre 1996 (RJ 1996, 8285); o bien, al poder de disposición del fiduciario, como la de 28 febrero 1996 (RJ 1996, 1269); o la relación con la institución en usufructo, en Sentencias de 3 noviembre 1989 (RJ 1989, 7847) y 18 julio 1990 (RJ 1990, 5951)»,* como señala la STS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9490) [comentada por Reglero Campos en *CCJC,* núm. 47/1998], lo que sigue teniendo validez en relación a la casi decena de pronunciamientos judiciales recaídos sobre la materia desde tal fecha hasta nuestros días.

Tomando como base lo dispuesto (no con escasas imprecisiones) por los arts. 781 y 789 CC, la sustitución fideicomisaria es una disposición con la que el testador, fideicomitente, impone al fiduciario, heredero o legatario (y, recientemente, al legitimario, según la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que, modificando el art. 782 CC, rompe, radicalmente, con la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta) –siendo posible ordenarla por otros títulos en Cataluña *ex* art. 180 CSC–, la obligación de entregar materialmente (mejor que *«transmitir»,* verbo empleado impropiamente por el legislador en el art. 781 CC) todos o parte de los bienes recibidos, o bien lo que quede de ellos al momento de dicha entrega (en cuyo caso, estamos ante el fideicomiso de residuo), a otra u otras personas designadas sucesivamente por el propio testador, heredero fideicomisario, cuando se cumpla el evento condicional (resolutorio para el heredero fiduciario y suspensivo para el fideicomisario, frecuentemente, la muerte –aunque técnicamente, al ser un evento futuro pero cierto, más que de un evento condicional se trata de un término impropio–, a la que se añade una segunda condición: *«si cum liberis decesserit»,* si muere con hijos; *si sine liberis decesserit* o *si absque liberis moreretur,* si muere sin hijos, regulada ésta en los arts. 196 y ss. CSC y que aparece claramente conceptuada en la RDGRN de 31 marzo 1950 [RJ 1950, 701] y STS de 13 marzo 1959 [RJ 1959, 1507]) o llegue el término o plazo por aquél previstos testamentariamente.

Naturalmente, las consecuencias del sometimiento de la entrega de los bienes por el heredero fiduciario al segundo llamado, bien a término, bien a condición, son diversas: en la primera, los derechos de los llamados con posterioridad al fiduciario –plenamente determinados– son ciertos, y de ahí que el fideicomisario adquiera el derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario (art. 784 en conexión con lo dispuesto por el art. 799, ambos del CC); por el contrario, en la segunda, no existen tales derechos del segundo llamado hasta que la condición se cumpla, por lo que si muere antes no transmite nada a sus herederos (estándose, pues, a lo dispuesto en el art. 759 y no al 784 CC, en concordancia con lo establecido por el art. 1114 del mismo Cuerpo Legal), de manera que sólo en las condicionales habrá que esperar a la realización de la condición para saber quién es el fideicomisario y recibir, por consiguiente, el *ius delationis* (así lo viene entendiendo, desde antiguo, la jurisprudencia del TS en Sentencias tales como las de 9 de julio de 1910, 29 de diciembre de 1927, 28 de junio de 1947 [RJ 1947, 920], 22 de diciembre de 1961 [RJ 1961, 4485] y 25 de mayo de 1971, entre otras).

Característica esencial de la sustitución fideicomisaria es, sin duda, la presencia de un orden sucesivo de llamamientos, esto es, dos o más sujetos subentran en la misma herencia o legado, rasgo éste que la diferencia de la sustitución vulgar, en la que, según la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1993 (RJ 1994, 2851), *«hay varias liberalidades, una inmediata y, la otra(s) eventual(es) no ejecutándose más que una (sólo hereda el instituido o el sustituto). Uno es llamado a una herencia en defecto de otro; se llama a un heredero por si falla la posibilidad de otro; el sustituto –ya decía Modestino, Pandectas, en Digesto XXVIII, 6.1, los herederos se dicen instituidos o sustituidos [hay que tener en cuenta que los romanos llamaban sustituidos a los que actualmente se llaman sustitutos, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 diciembre 1943 (RJ 1943, 1317)], instituidos en el primer grado, sustituidos (entiéndase sustitutos) en el segundo o en el tercero– sólo entra en la herencia cuando el instituido no llega a ser heredero. "Si heres non erit". Y ello, bien por no querer serlo (repudiación), bien por no poder serlo (como ocurre, entre otros casos, en los de premoriencia, indignidad, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse la misma). En cambio, en la sustitución fideicomisaria (indirecta, gradual u oblicua) hay dos o más liberalidades que se ejecutan todas de modo sucesivo (si bien en la condicional, sólo si se cumple la condición). Hay pluralidad de llamamientos, doble o múltiple vocación. Uno es llamado después de otro, o sea sucesivamente. "Si heres erit"».*

En la sustitución fideicomisaria, como señala la ya citada STS de 29 de diciembre de 1997, *«el causante-testador, fideicomitente dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el* ordo sucessivus *que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero sólo es fiduciario, el último sólo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomiso y los intermedios son fideicomisarios respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no sólo no hay duda, sino que lo expresa claramente la Sentencia de 22 noviembre 1996 (RJ 1996, 8285) (fundamento 1º, párrafo 2º): ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, dignidad y prohibiciones vienen referidas exclusivamente al fideicomitente».*

Existen, pues, dos o más sucesivos titulares de una misma herencia o legado sucesores directos del testador: de un lado, el heredero fiduciario o primer instituido, pese a no ser propietario definitivo de los bienes fideicomitidos (salvo que se purifique en él la institución), es un heredero del fideicomitente y disfruta de la herencia (o del legado), si bien gravado de restitución; de otro, el fideicomisario, quien pese a recibir los bienes después de haberlos tenido el fiduciario una vez vencido el plazo o cumplida la condición, no le sucede, sino al causante o fideicomitente, de quien, como señala el art. 785.1º CC, es *«segundo heredero»* y, añadimos nosotros, *ab initio*, esto es, desde la muerte del testador (véanse al respecto, entre otras, las SSTS de 13 de diciembre de 1974, 22 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8285], 28 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1895]), lo que tiene, sin duda, relevancia en materia de prescripción (véase, en relación con ello, la reciente SAP Lugo de 26 de enero de 2004 [JUR 2004, 70527]).

Si esencial es el *ordo sucessivus* señalado testamentariamente por el fideicomitente, la obligación del heredero fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos para que, en su momento, los reciba íntegros el heredero fideicomisario (quien, en consecuencia, está legitimado para impugnar cualquier acto dispositivo que realice el fiduciario), es, por el contrario, una característica natural, no esencial, de la sustitución fideicomisaria, pues el testador puede dispensar, total o parcialmente, al fiduciario, de dicho deber de reservar dichos bienes concediéndole facultades de disposición más o menos amplias sobre los mismos (v. gr. sólo *inter vivos* y a título oneroso, sólo en caso de necesidad, o, incluso, *mortis causa,* únicamente si así ha sido concedido expresa y claramente por el testador, como admiten las SSTS de 13 noviembre 1948, 21 noviembre 1956 [RJ 1956, 3830], la 2 diciembre 1966 [RJ 1966, 5596], 25 de mayo de 1971 [RJ 1971, 2951], y 6 de febrero de 2002 [RJ 2002, 993], si bien existen dudas sobre si en este último caso de modalidad preventiva de residuo nos hallaríamos ante una verdadera sustitución fideicomi-

saria o con otra figura distinta, facultad dispositiva de carácter excepcional que obliga a seguir un criterio de interpretación restrictivo al respecto, como se declara, entre otras, en las STS 8 mayo 1986 [RJ 1986, 2670], 22 julio 1994 [RJ 1994, 6578] y 12 febrero 2002 [2002, 3191]), lo que lleva a la doctrina a distinguir entre un fideicomiso de *«eo quod supererit»* o «de aquello que debe quedar», y un fideicomiso *si aliquid supererit* esto es, «si algo queda», llamándose al fideicomisario a recoger aquello que haya restado sin disponer por el fiduciario, si algo resta (pudiendo, de este modo, la incertidumbre acerca del alcance del residuo relicto afectar su llamamiento mismo a la herencia), en cuyo caso estamos ante el llamado fideicomiso de residuo contemplado en el art. 783, párr. 2º *in fine* CC, cuya naturaleza jurídica no ha estado ni está exenta de controversia doctrinal y jurisprudencial en cuanto si es o no una modalidad de la sustitución fideicomisaria (discusión que se plantea en relación al fideicomiso del CC, pues indudablemente lo es en algunas regiones de Derecho Foral o especial; véase la SAP de Baleares 17 octubre 2002 [JUR 2003, 99356]).

Al respecto ha de decirse que siendo cierto que una parte importante de la jurisprudencia (*cfr.* SSTS de 21 de diciembre de 1918, 13 de febrero de 1943 [RJ 1943, 134], 28 de junio de 1947 [RJ 1947, 920], 13 de noviembre de 1948 [RJ 1948, 1270], 25 de abril y 1 de diciembre de 1951, 6 de abril de 1954, 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956 [RJ 1956, 3830], 25 de noviembre de 1960, 21 de enero y 20 de octubre de 1962 [RJ 1962, 3980], 10 de abril de 1985 [RJ 1985, 1690] y 13 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2039]) se pronuncia en sentido contrario a que el fideicomiso de residuo sea una sustitución fideicomisaria (si bien, como declara, entre otras, la STS de 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6578] se permite la aplicación a la figura del fideicomiso, en aspectos concretos, de preceptos reguladores de la sustitución fideicomisaria), tal afirmación es más bien de carácter exclusivamente literal, pues la misma, si se examina detenidamente, no constituye nunca fundamento del fallo, ya que en el fondo lo que se quiere afirmar es que no es una sustitución fideicomisaria normal, por no tener el fiduciario la obligación de conservar, lo cual es indiscutible, y que, por el contrario, existen otras Sentencias que no se oponen a la calificación del fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria (*cfr.* las de 29 de octubre de 1904, 21 de diciembre de 1918, 8 de marzo de 1926, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 31 de diciembre de 1949, 1 de diciembre de 1951 [RJ 1951, 2617], 10 de julio de 1954, 21 de noviembre de 1955, 26 de abril y 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961 [RJ 1961, 4485], 29 de enero [RJ 1962, 605] y 20 de octubre de 1962 [RJ 1962, 3980], 5 de julio de 1966, 22 de enero de 1969, 9 de diciembre de 1970, 25 de mayo de 1971, 25 de abril de 1981 [RJ 1981, 2166] y 13 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2039]), a resultas de lo cual la doctrina científica más moderna concluye que la obligación de conservar no es la esencia de la sustitución fideicomisaria, pues, por una parte, el art. 781 CC, más que definir la sustitución fideicomisaria, lo que hace es establecer un límite a las sustituciones de este tipo en las que haya deber de conservar, y, por otra, el art. 783 párr. 2º CC permite que tal obligación pueda ser modalizada por voluntad del instituyente, siendo, por tanto, la esencia de dicha sustitución el llamamiento sucesivo, llegando a la conclusión de que la figura de la sustitución fideicomisaria engloba dos modalidades: la normal (con obligación de conservar), y la de residuo (en la que, con mayor o menor amplitud se conceden al fiduciario facultades de disponer de los bienes) –véase la RDGRN de 17 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6279] comentada por Cámara Lapuente en *CCJC,* núm. 65/2004)–.

Otra relevante cuestión a tener en cuenta en este breve recorrido por la sustitución fideicomisaria es la referente al límite de los llamamientos fideicomisarios existente para restringir y evitar, en lo posible, la indefinida o perpetua vinculación de los bienes fideicomitidos y consiguiente sustracción del tráfico jurídico-económico que lleva aparejada la designación de varios fideicomisarios de forma sucesiva o uno después del otro, asegurando, de este modo, la temporalidad de la designación fideicomisaria.

Conforme al art. 781 CC (art. 204 CSC), *«las sustituciones fideicomisarias (...) serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».*

En esta limitación legal juegan, pues, dos límites: uno temporal y otro de llamamientos en sentido estricto.

Respecto del límite temporal, llamamientos a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, el número de llamamientos puede ser ilimitado con tal de que todos los designados fideicomisarios estén vivos en el momento de morir el testador, purificándose, en consecuencia, la sustitución en el último llamado.

En cuanto al límite de llamamientos propiamente dicho, el legislador estatal impone *«que no pasen del segundo grado»,* expresión que ha generado dudas hoy día ya resueltas.

La expresión *«grado»* entiende algún sector doctrinal que debe interpretarse como «generación»; sin embargo, una buena parte de la doctrina y el TS (SS. de 23 de junio de 1940 [RJ 1940, 530], 6 de marzo de 1944 [RJ 1944, 303], 28 de febrero de 1949, 4 de noviembre de 1975), fundados en que referir grado a parentesco lleva a la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio art. 781, y basándose en las Partidas, Leyes de Toro y art. 629 del proyecto de García Goyena, consideran que *«grado»* equivale a llamamiento y no a generación, divergencia de interpretación que, naturalmente, es absolutamente irrelevante cuando los llamados son parientes, esto es, en la sustitución fideicomisaria familiar. Por consiguiente, ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 915 y ss. CC, por así mandarlo el art. 919 del mismo Cuerpo legal.

Así las cosas, pueden ser llamados como sustitutos fideicomisarios, no sólo tantas personas vivientes a la apertura de la sucesión como se desee, sino además, hasta dos todavía no vivientes entonces, si bien es claro que cada uno debe vivir ya cuando se abra la sucesión para ella.

Lógicamente, en rigurosa aplicación del tradicional principio *favor testamenti*, la sustitución fideicomisaria que traspase los límites del 781 CC será nula en lo que exceda de los llamamientos permitidos, manteniéndose la validez de los restantes.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD REAL DEL TESTADOR

En relación al fondo del asunto enjuiciado por la Sentencia en examen, la cuestión que se somete a decisión del TS no es otra que la determinación del alcance, sentido y finalidad de la disposición testamentaria séptima del causante en la que éste ordena unas sustituciones hereditarias.

Ante todo, es preciso recordar, como hace la propia Sentencia en su FJ 3º, que nos encontramos en el ámbito de la sucesión testada, en la cual, es más que sabido, que la voluntad del testador, expresada formalmente, es ley suprema de la sucesión (sin perjuicio, naturalmente de las normas imperativas establecidas por el CC, v. gr. en materia de legítimas o reservas).

Siendo, pues, el testamento el cauce formal en que se manifiesta la voluntad del testador en relación al devenir sucesorio de sus bienes, la interpretación o búsqueda del verdadero sentido y alcance de dicha voluntad (como señala la STS de 31 de diciembre de 2001 [JUR 2002, 70045], *«interpretar es averiguar la voluntad oculta detrás de la expresión»*), *«sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa (artículo 675 del Código Civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido»,* subraya la STS de 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9490), adquiere, por razones obvias, una especial relevancia.

La reciente STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7232) recoge la doctrina pacífica de la jurisprudencia en torno a la labor hermenéutica del testamento, razón por la cual pasamos a reproducir su FJ 3º: *«El testamento es un negocio unilateral, no receptivo, y por tanto su contenido no está orientado a suscitar la confianza en un posible destinatario, es por tanto lógico que se atribuya subjetivamente preferencia al testador en el extremo de interpretar su voluntad. Esta ha sido la orientación jurisprudencial.*

Ya es clásica la distinción de tres elementos fundamentales, en todo proceso interpretativo: el gramatical, el lógico y el sistemático; el primero, con base en las palabras cuando no ofrece duda la claridad de las cláusulas; el segundo, cuando surge esa duda entre la letra y el espíritu; y el tercero utilizando el conjunto armónico de las disposiciones para cerrar el ciclo interpretativo; pero es unánime la doctrina y la jurisprudencia afirmando que su uso debe ser conjunto y nunca aislado, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego de un proceso interpretativo unitario; proceso al que, según más reciente doctrina, debe unirse el elemento teológico o finalista.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1978 (RJ 1978, 1365), declara que toda interpretación, y por consiguiente tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigidas a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad o intención de los sujetos declarantes contenidos en la Ley o en el acto jurídico y esa tesis referida a los testamentos, en cuanto se trata de una manifestación de voluntad no recepticia alcanza especial relieve que el legislador reflejó en la normativa del artículo 675 del Código

civil, concediendo notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración de acuerdo con la regla del Derecho Romano "in testamentis voluntates testatium interpretatur"».

Y continúa señalando el Alto Tribunal: *«Con estricta sujeción a la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación del artículo 675 del Código Civil, es necesaria dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiere la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1988 [RJ 1988, 581], con invocación de las Sentencias de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958 [RJ 1958, 1016], 19 de noviembre de 1964 [RJ 1964, 5108], 5 de junio de 1979 [RJ 1979, 2888] y 24 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1501]).*

Después de estas reflexiones hay que hacer frente a otra cuestión. A tal efecto forzoso es citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9380) cuando declara que la actividad hermenéutica que preconiza el referido artículo 675 del Código civil para las disposiciones testamentarias, presenta características específicas e incluso distintas a las que rigen para los contratos. Pues aquella teoría interpretativa debe dirigirse esencialmente para explorar la voluntad real del testador, o sea que proclame esencialmente una tesis absolutamente subjetiva, y así se dice en la jurisprudencia de esta Sala, en concreto las Sentencias de 3 de abril de 1965 (RJ 1965, 1979) y 22 de abril de 1978 (RJ 1978, 1364). Es por todo ello, por lo que la dirección jurisprudencial marcada por la Sentencia de esta Sala, de fecha 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10138), que proclama que la función interpretativa de los testamentos es función de los Tribunales de instancia, deba ser atemperada por la tesis doctrinal que establece que la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho Positivo español, y para que una interpretación correcta de un testamento, debe hacerse esencialmente desde el punto de vista de testador y de su ambiente. Por lo que se impone, más que una interpretación instrumental una psicológica o personalísima, admisible a través del recurso de casación.

La voluntad del testador es Ley en la sucesión y es abrumadora la jurisprudencia de que la interpretación de las cláusulas testamentarias corresponde al juzgador de instancia; pero esa facultad soberana del Tribunal de instancia tiene acceso a la casación de modo excepcional (Sentencia de 4 de noviembre de 1961 [RJ 1961, 4436], cuando su interpretación cae en lo arbitrario) (Sentencia de 25 de abril de 1963 [RJ 1963, 1996], cuando contiene un muy manifiesto error) (Sentencias de 11 de junio de 1964 [RJ 1964, 3532] y 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965, 5898], cuando es desorbitada) (Sentencias de 19 de noviembre de 1964 [RJ 1964, 5108], 10 de junio de 1964, 31 de marzo [RJ 1965, 1761] y 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965, 5898], cuando patentiza ese manifiesto error). En definitiva, sólo en supuestos distintos a los señalados prevalece la interpretación de la instancia (Sentencias de 30 de abril de 1981 [RJ 1981, 1786] y 17 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4313])».

Mas si la labor de interpretación de las disposiciones testamentarias debe estar presidida por el principio de supremacía de la voluntad del testador, ello no significa que no deba partirse de la voluntad declarada por aquél cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro, de suerte que la simple lectura del mismo revele de forma inequívoca su propósito, la verdadera y completa voluntad del disponente, supuestos en los que no debe ir más allá el intérprete.

Ya decía un texto del Digesto: *«cuando de las palabras no hay ninguna ambigüedad, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad»* (Paulus, libro 1, *ad Neratium* Digesto XXXII, 25.1), como recoge el art. 675 CC; siendo, pues, la primera regla interpretativa la literal o gramatical.

Centrándonos ya en el supuesto enjuiciado por la sentencia objeto del presente comentario, hemos de decir que la literalidad de las palabras empleadas por el testador para designar a los beneficiarios de su sucesión en la cláusula séptima de su testamento, verdadera ley de la sucesión, es, indudablemente clara, *«hijo legítimo»*, radicando, en consecuencia, el problema en cómo ha de interpretarse dicha expresión puesta en condición, desde la perspectiva histórica de su consignación, para proceder, de este modo, a averiguar cuál ha sido su real voluntad o intención.

Las sentencias de instancia consideran que la cuestión debe solucionarse a la luz del contexto en que se otorgó el testamento, año 1927, criterio del que discrepa la parte actora-apelante que pretende se atienda al momento en que la sustitución fideicomisaria prevista deba producir sus efectos, año 1997, solicitando, por consiguiente, la aplicación de los valores y preceptos constitucionales entonces (y ahora) vigentes, más específicamente, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

Clarificadoras pueden ser, al respecto, las palabras de la STS de 31 diciembre 1992 (RJ 1992, 10426): *«Siendo el testamento un negocio jurídico* mortis causa, *que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo».*

De acuerdo con lo apenas expuesto, *«el fideicomisario es llamado a la herencia en cumplimiento de una previsión testamentaria y, por tanto, las dudas interpretativas que surjan en su aplicación deben solventarse a la luz de la disposición testamentaria y de la realidad social de aquel tiempo y no de la del tiempo de la nueva delación»*, señala la AP de Barcelona de 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 200864) al resolver el recurso de apelación interpuesto por las actoras en la presente litis, de la que pasamos a transcribir el FJ 3º de su Sentencia: *«Situados en el contexto social y jurídico de la época del testamento, es forzoso concluir, a la luz de la doctrina entonces imperante y de su evolución posterior, que cuando el testador utiliza el término "hijos" se está refiriendo a la sucesión legítima.*

En efecto, según señala el tratadista Borrell en su obra Derecho Civil vigente en Cataluña (segunda edición año 1944) aunque en la práctica solía ser frecuente al establecer la condición cum liberis decesserit *especificar que los hijos indicados eran los procreados dentro del matrimonio, en realidad tal prevención no era necesaria "porque se presumen excluidos los adoptivos".*

Este criterio tradicional pasó a la Compilación catalana en cuyo artículo 174, párrafo final se disponía que "únicamente se considerarán hijos puestos en condición los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del fiduciario, a menos que el testador disponga otra cosa", manteniéndose el indicado precepto en la reforma del año 1984 y sólo suprimido por el Codi de Successions aprobado por la ley 40/1991 (art. 196).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo siguió este criterio interpretativo y así en la sentencia de 3 de febrero de 1910 concluyó que "el concepto de hijo o hijos que la condición impone no puede referirse sino a los legítimos" y en la de 29 de enero de 1991 dispuso que "está en la propia naturaleza de la condición si sine liberis decesserit que se refiera a la inexistencia de hijos generados por la persona a quien se impone no otro puede ser el sentido de la frase 'tener hijos' no asimilable a adoptar".

Finalmente, en la sentencia del TSJC de 19 de julio de 1993 se señala que "ni en el concepto jurídico, ni en el vulgar, ni en el social, el vocablo 'hijo legítimo' es extensible a hijo adoptivo y ello con independencia de que en la actualidad en relación con la filiación de sangre se haya sustituido la terminología otrora existente por la de matrimonial y extramatrimonial".

Centrada la cuestión en el ámbito de la sucesión testada y resumiendo lo hasta aquí expuesto, debemos señalar lo siguiente:

- *que en principio constitucional de igualdad de los hijos es cuestión distinta y ajena al debate aquí suscitado,*

- *que, por tanto, es indiferente cuál sea el contenido de las normas reguladoras de la adopción porque lo que se discute no es la igualdad entre los hijos adoptivos y los biológicos,*

- *que tampoco tiene interés para la resolución de la presente litis el que el hijo adoptivo contraiga o no vínculos de parentesco con la familia de sus padres adoptivos,*

- *que lo fundamental en nuestro caso, es cumplir la disposición testamentaria en que se establecen las sustituciones indicadas,*

• *que no existe obstáculo legal alguno para que el testador, respetando el carácter intangible de la legítima, disponga libremente del resto de sus bienes en la forma que tenga por conveniente,*

• *que ello no afecta al principio constitucional de igualdad antes indicado,*

• *que en la interpretación del término "hijos legítimos" utilizado en el testamento del causante no se comprenden los hijos adoptivos.*

Es cierto que el TS ha dictado en fecha reciente (28/6/2002) una resolución en la que establece que no debe hacerse discriminación con el hijo adoptivo y que el problema debe resolverse aplicando "no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria".

Sin embargo, esta sentencia no es suficiente para entender que el Tribunal Supremo ha decidido apartarse de su jurisprudencia anterior pues nada se dice en tal sentido, por lo que debemos entender que subsiste el criterio expresado.

Pero es que además, y en cualquier caso, como quiera que en el caso presente se está aplicando una institución de derecho foral cual es la sustitución fideicomisaria, la máxima autoridad judicial la representa el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el cual, con toda claridad y contundencia ha expuesto su doctrina en la sentencia de 19 de julio de 1993 antes citada».

Confirmando lo resuelto en apelación por la AP, el TSJ subraya en el FJ 3º de su Sentencia que en el caso litigioso: *«no estamos ante una sucesión legal, que ha de regirse necesariamente por los requisitos normativos vigentes y respetar el marco constitucional que la envuelve. Estamos ante un acto de voluntad del testador, que es Ley de la sucesión y que es expresión concreta del principio de libertad civil».*

Destaca, asimismo, que *«la prevalencia de la voluntad del testador, Ley de la sucesión, ha de predicarse sobre toda la disposición testamentaria, no sobre parte de ella, que necesariamente se halla condicionada por la otra parte en el* ordo successionis *impuesto por aquél. No es factible, pues, la distinción que realiza el recurrente sobre la existencia de dos fases en la cláusula testamentaria: la sustitución fideicomisaria condicionada y la sustitución vulgar, con diferentes espacios hermenéuticos. La voluntad es una y única, como una y única es la intención que guía toda la sucesión: la de mantener el patrimonio en el ámbito de la familia. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente esta Sala, en sentencias de 19 de julio de 1993 (RJ 1994, 2851), 9 de marzo de 1995 (RJ 1995, 6772) y 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 8172)».*

Dado que los razonamientos jurídicos de la Sentencia quedan más arriba transcritos, lo cual nos exime aquí de su reiteración, tan sólo señalamos que el TSJ desestima el recurso de casación interpuesto por las apelantes, pues teniendo en cuenta las normas de interpretación del testamento y la lectura literal de la cláusula testamentaria objeto de controversia, retrotrayéndola, a la fecha en que ésta se otorga, concluye que las hijas adoptivas del fideicomisario premuerto no tienen derecho alguno en la herencia de la causante por no ostentar la condición de *«hijas legítimas»* exigida por el testador, conforme a la legalidad vigente en la época en la que emitió su voluntad testamentaria, que es la realidad social que ha de ser contemplada, siendo hoy la situación diferente pero inaplicable al supuesto litigioso.