



Roj: **STS 7716/1989** - ECLI: **ES:TS:1989:7716**

Id Cendoj: **28079110011989100815**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/1989**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL GONZALEZ ALEGRE BERNARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Núm. 984.- Sentencia de 26 de diciembre de 1989**

PONENTE: Magistrado Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Quebrantamiento de forma: requisitos para su apreciación en casación Derecho de acrecer: alcance. Partición legalmente hecha: efectos.

NORMAS APLICADAS: Artículos 928, 985 y 1.068 del C.C. y 1.692.3.º de la L.E.C .

DOCTRINA: Para apreciar en casación haberse producido quebrantamiento de forma, se requiere que en su adecuado momento procesal se hubiesen interpuesto los correspondientes recursos que la Ley autoriza. El derecho de acrecer no puede recaer sobre la parte de bienes que constituye la legítima de los herederos forzosos, por lo que cuando hay varios descendientes y entre los mejorados queda una porción vocante en ella suceden por derecho propio los demás que sean legitimarios. La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, de tal manera que mientras no se les adjudiquen sólo pueden disponer de una cuota ideal de participación aunque tengan derecho por título de herencia, pero que no ingresan en el haber particular de cada heredero hasta su adjudicación por la partición. En la villa de Madrid, a veintiséis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Logroño, sobre reclamación de propiedad, cuyo recurso fue interpuesto por doña Gema y don Gerardo , representados por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández- Novoa y asistidos del Letrado don Antonio Beral Pérez-Herrera el cual asistió a la vista; siendo parte recurrida don Emilio , representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Infante Sánchez y asistido del Letrado don Agustín Reboiro Ponce de León, que también asistió a la vista.

### **Antecedentes de hecho**

Primero: La Procuradora doña Concepción Torija Oyón, en representación de doña Gema y don Gerardo , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra don Emilio y contra los herederos o herencia yacente de don Jose Miguel , don Millán y doña Esther , sobre reclamación de propiedad, estableciendo en síntesis los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1. Que los actores



son propietarios, cada uno de ellos, en plena propiedad y dominio, de una catorceava parte del total de la casa, con exclusión de la bodega (o lo que es lo mismo, una séptima parte de la mitad de repetida casa), sita en el barrio de DIRECCION000 núm. NUM000 , hoy carretera de DIRECCION001 núm. NUM001 , habiendo tenido, también, el núm. NUM002 de policía de la calle DIRECCION002 , ostentando dicha propiedad en proindivisión con todos los demás codemandados. 2. Que los actores no están obligados a permanecer en la proindivisión expresada, y se acuerde, en el supuesto de ser divisible la casa su división (con exclusión de la bodega), se determine las partes o lotes correspondientes a cada uno de ellos, con designación de los elementos comunes y cuotas de participación en ella. Subsidiariamente, en el supuesto de que no fuera divisible, o que, de dividirse, resultara inservible la casa, se disponga y acuerde su venta en pública subasta. 3. Se declare el derecho de los actores, como propietarios de la casa, a poseerla y utilizarla de forma que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los demás partícipes a utilizarla. Condenando, consiguientemente, a don Emilio a cesar en la posesión y utilización del bien común, y a poner inmediatamente a disposición de todos los copropietarios el bien litigioso. 4. Se anule y deje sin efecto la inscripción registral practicada a instancia de don Emilio , que consta en el Registro de la Propiedad de este partido al tomo NUM003 , libro NUM004 , folio NUM005 , finca NUM006 , ordenando su cancelación. 5. Se impongan las costas del pleito a los demandados, o en otro caso a don Emilio , por su temeridad. 6. Se condene a estar y pasar a los demandados por los anteriores pronunciamientos. Admitida la demanda y emplazados los demandados don Emilio y los herederos o herencia yacente de don Jose Miguel , don Millán y doña Esther , estos últimos (los herederos) declarados en rebeldía por su incomparecencia, compareció en los autos en su representación la Procuradora doña Pilar Rico Herrero, que contestó la demanda, oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dicte sentencia en la que se desestime la demanda de contrario, absolviendo a los demandados de los pedimentos de la misma, con imposición de costas a los actores. Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , esta se celebró el día señalado, con asistencia de las partes, sin avenencia. Recibido el pleito a prueba se practicó las que propuestas por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas se convocó a las partes a comparecencia, poniéndolas mientras tanto las pruebas de manifiesto en secretaría para que hicieran un resumen de las mismas, lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del Sr. Juez para dictar sentencia. El Sr. Juez de Primera Instancia dictó Sentencia de fecha 30 de junio de 1986 , cuyo fallo es como sigue: Fallo: Que desestimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por el demandado, y desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Fernández-Torija Oyón, en nombre y representación de doña Gema y don Gerardo , contra don Emilio , y contra los herederos y herencia yacente de don Jose Miguel , don Millán y doña Esther , a quienes absuelvo de las pretensiones de contrario, condenando a los actores al pago de las costas causadas.

Segundo: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de doña Gema y don Gerardo y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos dictó Sentencia en fecha 28 de marzo de 1988 , con la siguiente parte dispositiva: Fallamos: Por todo lo expuesto este Tribunal decide: Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Logroño, en los autos de que dimana este rollo, con expresa imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada.

Tercero: El día 6 de abril de 1988, el Procurador don Juan Cobo Guzmán Ayllón, en nombre de doña Gema y don Gerardo , interpuso recurso de casación contra sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo primero: Art. 1.692, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos procesales con indefensión de mi parte. Ello desde un doble punto de vista: porque se produce infracción de los arts. 1.215 y 1.240 del Código Civil , al haber denegado el Juzgado de instancia la prueba de reconocimiento judicial propuesta por mi parte, y dejar de resolver el correspondiente recurso de reposición que en su día se planteó. Conforme al art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produjo la prueba en Segunda Instancia y la Sala rechaza la petición. Porque en la sentencia no se resuelven todos los puntos objeto del debate, al no darse respuesta a los pronunciamientos numerados en el suplico bajo los núms. 2, 3 y 4, ello con infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Motivo segundo: Art. 1.692, párrafo 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Al no reconocer a los recurrentes el derecho a acrecer, se vulnera lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2º del art. 982 del Código Civil en relación con el 983, y de la misma manera, y, en su caso, el art. 986 del mismo texto legal , que reconoce el derecho a acrecer a favor de los actores recurrentes.

Motivo tercero: Art. 1.692, párrafo 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de jurisprudencia.



Al estimar la sentencia recurrida que existe excepción de falta de legitimación activa, sin haberse adherido ni apelado la sentencia por el recurrido, se produce una verdadera reformatio in peius prohibida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 23 de diciembre y 28 de enero de 1982 y 6 de octubre de 1984, y del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 1987.

Admitido el curso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para su celebración el día 13 de diciembre de 1989.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo.

### Fundamentos de derecho

Primero: El motivo primero del recurso amparado en la causa tercera del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, hace referencia a dos extremos: a) en cuanto el Juzgado de Primera Instancia no resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia que denegaba la prueba de reconocimiento judicial solicitada, así como el que por la Sala de la Audiencia Territorial rechazara «tal petición»; y b) porque de igual suerte las sentencias que se atacan no resuelven todos los puntos objeto de debate, al no darse respuesta a varios pronunciamientos del suplico de la demanda con infracción del artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendamos 359; mas siendo lo cierto que si bien el Juzgado no resolvió el recurso de reposición interpuesto contra providencia denegando la prueba de reconocimiento judicial y solicitado el recibimiento a prueba en Segunda Instancia para la práctica de la misma fue denegado por auto de fecha 8 de octubre de 1986, extendiéndose una diligencia, para hacer constar que «ha transcurrido el término sin que por las partes se haya hecho manifestación alguna sobre lo acordado en el precedente Auto, de que certifico, Burgos 16 de octubre de 1986», lo que provocó el que por providencia de 20 de octubre de dicho año se declarara firme el presente Auto, sin que por lo tanto se interpusiera el correspondiente recurso de súplica, conforme preceptúa el art. 867, de aplicación conforme a lo dispuesto en el 899, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al ser ello indispensable para que en casación se interponga el correspondiente recurso por quebrantamiento de forma en razón del mismo, dicho primer extremo ha de ser desestimado; y respecto al segundo aparte de entablarse contra autos o sentencias lo que es improcedente es que la recurrida sentencia no hace sino confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, por la que se absolvía de las pretensiones de contrario a los demandados, siendo doctrina reiterada de esta Sala que las sentencias absolutorias son siempre congruentes por entenderse resuelven todas las cuestiones planteadas, también ha de ser desestimado el segundo extremo y en consecuencia este primer motivo.

Segundo: El motivo segundo, amparado en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción que se dice por interpretación errónea del art. 982 del Código Civil; los hechos que determinan la aplicación del invocado precepto, recogidos en la sentencia de Primera Instancia, son: doña Cristina, madre de los actores, falleció el 10 de agosto de 1953, la que tuvo, de su matrimonio con don Gaspar, ocho hijos, don Jose Miguel, don Millán, doña Esther, don Celestino, don Gerardo, doña Gema (estos dos los demandantes), doña Ángeles y doña Marcelina, que premurió a la madre, dejando un hijo, don Emilio; doña Cristina otorgó testamento abierto en fecha 28 de junio de 1946 en cuya cláusula segunda «mejora a sus dos hijos Ángeles y Celestino, dándoles en tal concepto a cada uno la mitad de la casa sita en el barrio de DIRECCION000 núm. NUM000 y además a Celestino la totalidad de la bodega que forma el sótano de dicha casa y que ocupa toda la superficie de esta y a los dos por partes iguales el ajuar de la casa y aperos de labranza», y aparte de otra mejora a Ángeles del resto de los bienes instituye herederos por partes iguales y en pleno dominio a sus siete hijos y nieto; doña Ángeles falleció el 3 de junio de 1951, esto es, con anterioridad a su madre, soltera y sin descendencia; don Celestino falleció y designó herederos de sus nietos a su sobrino Luis Carlos, hijo de su fallecida hermana Marcelina; con dicha base entiende el Juzgador de instancia que la cuestión a dilucidar, tal como ha quedado planteada por las partes es la de determinar si los actores son, como afirman, propietarios cada uno de ellos, en proindiviso con el resto de los coherederos demandados, de una catorceava parte de la casa descrita (o de una séptima parte de la mitad de la misma) en virtud de acrecimiento operado a su favor de conformidad con lo dispuesto en el art. 982 del Código Civil al haber muerto, su hermana doña Ángeles, mejorada en la mitad de dicha casa, antes que la testadora, única forma de estimarlos legitimados ad causam; mas como dicho artículo «exige como requisito ineludible para que en la sucesión testada pueda tener lugar el derecho de acrecer que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, y como quiera que esta exigencia de llamamiento conjunto o in solidum, con respecto a la casa en cuestión, no concurre en los demandantes, puesto que de acuerdo con la cláusula segunda del testamento los únicos llamados por la testadora a esa cosa específica de la herencia y "a título de mejora" fueron por mitad cada uno, sus hijos Ángeles y Celestino, la falta de legitimación activa ad causam o de acción se hace patente»; extremo éste contra el que eleva el motivo, puesto que según el recurrente al entenderlo así el Juzgador interpreta erróneamente el art. 982 del Código Civil, ya que al fallecer doña Ángeles



, debían acrecer todos los herederos sobre la mitad de la casa; en este orden es de señalar que la interpretación del art. 982 del Código Civil por la Sala es irreprochable si no mediara la circunstancia de encontrarnos en un supuesto de herederos forzosos, puesto que estamos en presencia de una disposición testamentaria a favor de dos de los ocho habidos en el matrimonio de la testadora, y que además, según reza la cláusula segunda del testamento, la testadora está haciendo referencia al tercio de mejora, porque según los términos literales de dicha cláusula se dice «mejora a su hija doña Ángeles en la mitad de la casa propiedad de la testadora y a su hijo don Celestino en la otra mitad de mencionada casa», y sabido es que conforme dispone el art. 985 del Código Civil «entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a alguno de ellos y a un extraño», es cierto que el referido artículo no habla expresamente del tercio de «mejora», pero es de tener en cuenta que esta entra dentro de la denominada propiamente legítima, frente a la legítima estricta, es decir, la mejora es una parte de la legítima, pues aunque respecto a ella existe cierta relativa libertad para disponer, es -tan limitada que no cabe equipararla al tercio de libre disposición, al que se refiere dicho art. 985, cuando por el contrario ha de comprenderse en el segundo párrafo en el que refiriéndose simplemente a la legítima dispone que sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer; el Juzgador de instancia tuvo en cuenta aquellos dos requisitos propios del art. 982, esto es: 1.º que dos o más sean llamados a una misma herencia o porción de ella, y 2.º que uno de los llamados muera antes que el testador pero prescindió de un tercero, el de que el derecho de acrecer no puede recaer sobre la parte de bienes que constituye la legítima de los herederos forzosos; en supuestos como el que nos ocupa habiendo varios descendientes si entre los mejorados queda una porción vacante, en ella suceden por derecho propio los demás que sean legitimados; en este orden hay que estimar que a los actores como legitimarios les corresponde, en la parte vacante de la herencia por fallecimiento de la heredera mejorada doña Ángeles, la parte procedente en atención a quienes sean los herederos concurrentes, por lo que al carecer de fundamento esa falta de acción ad causam, procede estimar este segundo motivo, casando y anulando la sentencia recurrida en este particular.

Tercero: El motivo tercero, último del recurso, amparado en la causa quinta del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque como se dice pudiera también tener su encaje en la causa primera de dicho artículo, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, denuncia la aplicación «de normas de jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» pero que luego concierta «en base a la doctrina de la reformatio in peius», habida cuenta de que la Audiencia Territorial se excede en su función jurisdiccional al acoger tesis que no había sido sustentada por la parte recurrente, reformando la sentencia de instancia con la consiguiente indefensión; ya se dice en la recurrida sentencia en cuanto que absuelve a los demandados aún cuando lo sea por distinto fundamento y como para ello respeta y acata los hechos probados que precisamente se recogen en la sentencia de Primera Instancia, cuando aplica el derecho que estima corresponder a dichos hechos en función perfectamente lícita -jura novit curia- y procesalmente ortodoxa puesto que está en lo que son resultados jurisdiccionales, llegando a la propia conclusión de la sentencia apelada esto es la absolución de los demandados, ni cabe hablar de reformatio in peius, ni exceso jurisdiccional de orden alguno, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Cuarto: La estimación del segundo de los motivos determina la casación y anulación de la recurrida sentencia en el particular referido, esto es, en cuanto declara «la falta de legitimación activa ad causam o de acción hecha patente en aplicación de la doctrina que queda expuesta», doctrina que no es otra que la de negarles a los actores su derecho de acceder en la porción de mejora vacante por fallecimiento de la que era heredera en el testamento de su madre antes que la testadora, cuando según quedó reseñado en el motivo tal derecho de acrecer no existe cuando de herederos forzosos se trata y la parte no corresponde a la de libre disposición, por lo que resulta evidente que en dicha parte «de mejora» hereden por derecho propio; ahora bien, como en la demanda se suplica como petición principal a la que se subordinan los restantes, el que se declare «que los actores son propietarios, cada uno de ellos, en plena propiedad y dominio de una catorceava parte del total de la casa con exclusión de la bodega», cosa que se identifica y agrega «ostentando dicha propiedad en proindiviso con todos los demás codemandados», es lo cierto que el que sucedan, como se ha expresado, en la parte que como mejora hubiera correspondido a la testadora doña Ángeles de haber sobrevenido a la testadora por derecho propio y no por el derecho de acrecer, no le da acción para pedir la declaración de tal propiedad, puesto que conforme preceptúa el art. 1.068 del Código Civil la partición legalmente hecha, confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», esto es, que mientras no se le adjudiquen, sólo pueden disponer de una cuota ideal de participación aunque tengan derecho por título de herencia, pero que no ingresan en haber particular de cada heredero hasta su adjudicación por la partición, y en este orden procede confirmar la sentencia de Primera Instancia en cuanto absuelve a los denunciados de las pretensiones de contrario, como así en cuanto condena a dichos actores al pago de las costas, como igualmente se le impongan la de Segunda Instancia al confirmar la sentencia apelada, art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respecto a las de este recurso cada parte pagará las causadas a su instancia; con devolución a la recurrente del depósito constituido, conforme dispone el art. 1.715 de dicha Ley.



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

**FALLAMOS:**

Que estimando el recurso, se casa y anula la sentencia recurrida en el particular en el que estima la falta de legitimación activa ad causam de los actores; se confirma la sentencia de Primera Instancia en cuanto absuelve a los demandados e impone las costas a los actores; no se hace expresa imposición de costas a los recurrentes en la Segunda Instancia y respecto a las de este recurso cada parte pagará las causadas en su instancia; se devuelve a los recurrentes el depósito constituido. Líbrese a la Audiencia Territorial de Burgos la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ramón López Vilas.- Eduardo Fernández Cid de Temes.- Alfonso Barcala Trillo Figueroa.- Francisco Morales Morales.- Manuel González Alegre y Bernardo.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, 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.