



Roj: **STS 6528/1991** - ECLI: **ES:TS:1991:6528**

Id Cendoj: **28079110011991100536**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/1991**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO FERNANDEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 847.-Sentencia de 22 de noviembre de 1991

PONENTE: Excmo. Sr. don Antonio Fernández Rodríguez.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Nulidad de escritura pública y otros extremos. Legítima del hijo natural reconocido.

Mejora tácita.

NORMAS APLICADAS: Arts. 804, 806, 808, 828, 782, 840 y 842 del Código Civil en redacción anterior a la Ley 11/1981 de 13 de mayo .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 17 de abril de 1943; 22 de diciembre de 1944; 23 de junio de 1952; 16 de noviembre de 1955; 17 de enero, 14 de febrero y 21 de marzo de 1985; 27 de diciembre de 1935; 2 de diciembre de 1930; 6 de noviembre de 1967; 18 de junio de 1982; 21 de enero de 1985 y 20 de junio de 1986.

DOCTRINA: Si indudablemente el art. 840 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 11/1981 de 13 de mayo , prevenía que «los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación», esa normativa en modo ha de remitirse al valor que tuvieran los bienes en el momento del fallecimiento del causante, como erróneamente establece la Sentencia recurrida, sino al valor que corresponda al tiempo en que se efectúe la adjudicación de bienes al hijo natural, bien supliéndolos con otros el hijo legítimo o en dinero, pues que en la nueva actividad particional el acervo hereditario ha de ser considerado y reconstruido en su valor real referido a la época en que haya de llevar a cabo la adjudicación, con otros bienes o en metálico, o sea teniendo en cuenta el que corresponde a los bienes que corresponda adjudicar, y a cuyo momento de adjudicación es al que ha de someterse la sustitución de equivalencia con otros bienes o en metálico que consideraba el precitado art. 842 en su párrafo segundo, en su redacción anterior a la mencionada Ley de 13 de mayo de 1981 , dado que el entender lo contrario significaría vulnerar claramente el principio de equivalencia patrimonial que en todo momento ha de presidir en la actividad particional de bienes.

Cuando en la sucesión de que se trata sólo exista un hijo legítimo y un hijo natural reconocido conforme a Derecho, se da un imposible legal, o una dificultad de facto, para que la mejora surja.



Cuando esa facultad electiva no puede producirse, por existir únicamente un hijo y descendiente legítimo, la legítima del mismo, a fines de aplicación del mencionado párrafo del art. 840 del Código Civil, aplicable a la sucesión en cuestión, viene conformada por los dos tercios de la herencia que, según el también ya mencionado art. 808, en su párrafo primero, en relación con el 806 del mencionado cuerpo legal, constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y con base en ella ha de computarse la mitad que, según el párrafo segundo del mismo art. 840, corresponde al hijo natural legalmente reconocido.

Cuando sea un solo hijo y descendiente legítimo el que concurra con hijo natural la legítima de aquél ha de venir representada por los dos tercios de la herencia que constituya tal legítima y correlativamente la del hijo natural un tercio, asignable a la mitad de dichos dos tercios que según el art. 808 del Código Civil formaban, al tiempo del otorgamiento del testamento.

La mejora tácita requiere, en todo caso, la posibilidad de los precisos presupuestos para la aplicación de tal institución jurídica, y concretamente, claro está, de que existan varios hijos o descendientes legítimos, a fines de que pueda producirse la facultad electiva a que se contrae, implícitamente, el art. 823 del Código Civil, pues si existe uno sólo, al no poder producirse esa facultad electiva en el testador, el tercio que la Ley, en dicho precepto, posibilita para mejorar a uno o más de sus hijos, y descendientes legítimos, queda privado de tal consideración jurídica, en cuanto que el testador no puede disponer de ella más que en favor de único hijo legítimo existente.

En la villa de Madrid, a veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

En los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, promovidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santiago de Compostela por la representación de doña Clara, contra don Pablo y su esposa, doña Lucía, doña Paloma, don Jose Augusto, don Carlos Daniel, don Jesús María y otros, y contra la Caja de Ahorros de Galicia, Caja Postal de Ahorros y contra las personas desconocidas e inciertas que pudieran estar interesadas en la herencia o bienes de su caudal de don Mariano, contra el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de escritura pública y otros extremos, seguidos en grado de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, que ante nos pende en virtud de recurso de casación interpuesto por doña Clara, mayor de edad, representada por el Procurador de los Tribunales Sr/a. Vázquez Guillen, bajo la dirección del Letrado don José Paz Sueiro, que comparecieron en la vista el día y hora señaladas para la celebración de la misma, como recurrentes; contra doña Paloma, don Jesús María, don Carlos Daniel, los cónyuges don Pablo y doña Lucía, y don Jose Augusto, todos ellos mayores de edad, y representados por el Procurador de los Tribunales Sr/a. Gómez-Villaboa y Mandri, bajo la dirección del Letrado don José Domínguez Noya, compareciendo en la vista en concepto de recurridos:

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador Sr. Reymóndez Pórtela, en nombre y representación de doña Clara, formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santiago de Compostela, contra doña Paloma, don Jesús María, don Carlos Daniel y otros muchos, además de la Caja de Ahorros de Galicia, Caja Postal de Ahorros y contra todas las personas desconocidas e inciertas que pudieran estar interesadas en la herencia o bienes de su caudal de don Mariano, y contra el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de escritura pública y otros extremos, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictase Sentencia por la que se declarase: A) La nulidad de la escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales formada por doña Paloma y don Mariano de la partición de la herencia de don Mariano, otorgada por doña Paloma y el contador partidor testamentario don Marco Antonio el día 30 de junio de 1976 ante el Notario de la Ciudad de Santiago de Compostela don Juan Arredondo y Verdú; la nulidad total material y en su consecuencia la cancelación total en el Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela de las inscripciones a que dio lugar 4.ª de la finca NUM000 al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, de la finca NUM004 al tomo NUM005, libro NUM006, folio NUM007 de la finca núm. NUM008, al tomo NUM009, libro NUM010, folio NUM011 y de la finca núm. NUM012 al tomo NUM009, libro NUM010, folio NUM013 y NUM013 v, así como la nulidad de todos los actos, contratos, derecho, obligaciones y cargas que de dicha escritura traigan causa, y la nulidad total material



y en su consecuencia la cancelación total de las inscripciones registrales que de aquéllas traigan tracto, que se concretan en el hecho quinto de la demanda y se reseñan ampliamente en la certificación registral que se aporta; y en general de todo aquello que la repetida escritura dimane; librando para la cancelación de las inscripciones mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela; y que deben ser traídos a la masa hereditaria del caudal de don Mariano todos los bienes y derechos relacionados en el hecho cuarto de esta demanda y cualquier otro que forme parte de dicha masa; y en el supuesto de que alguno de estos bienes no pudieren ser llevados a esta masa hereditaria, los demandados deben sustituirlos con su importe, es decir con el valor real que tengan en el momento de la ejecución de la Sentencia. B) Que la legítima de la hija natural reconocida doña Clara en la herencia de su fallecido padre don Mariano, esta constituida por un tercio de esta herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral del causante; cuota legitimaria de un tercio de la herencia, que al hijo legítimo don Pablo le corresponde satisfacer a doña Clara en dinero o en otros bienes ajusta regulación, a optar, concretar y hacer pago en trámite de ejecución de Sentencia. Condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a ejecutar todo aquello que sea necesario para su más exacto cumplimiento y asimismo al pago de las costas de este juicio.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó al Ministerio Fiscal, quien contestó a la demanda alegando no estar legitimado pasivamente para soportar esta litis al no corresponder al Ministerio Fiscal la defensa de los intereses de las personas a las que afecta y alegando expresamente la excepción dilatoria 4.ª del art. 533 de la L.E.C., suplicaba se dictase Sentencia por la que se absuelva al Ministerio Fiscal de la demanda formulada contra el mismo. Emplazados los demandados, contestó primero la Procuradora Sra. Alvarez, en nombre y representación de doña Paloma, don Jesús María, don Carlos Daniel, don Pablo, doña Lucía y don Jose Augusto, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho oportunos terminaba suplicando se dictase Sentencia por la que, con desestimación de la demanda, se absuelva a los demandados por ella representados, con expresa imposición de costas a la actora. Por la demandada Caja Postal de Ahorros se personó el Procurador Sr. Várela Tobío, contestando a la demanda y citando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictase Sentencia por la que se absolviera a su representada de las pretensiones contra ella deducidas en la demanda, y con costas al demandante. Por la demandada Caja de Ahorros de Galicia se personó el Procurador Sr. Regueiro Sánchez, contestando a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que creyó pertinentes y terminando con la súplica de que se dictase Sentencia absolviendo a su mandante de las pretensiones de la demanda. No habiéndose personado el resto de los demandados, éstos fueron declarados en rebeldía.

Tercero: Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta se llevó a cabo con asistencia de las partes sin avenencia.

Cuarto: Recibido el juicio a prueba se practicaron las que propuestas por las partes fueron estimadas pertinentes, quedando unidas a los autos y poniéndolas 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.

Quinto: El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Santiago de Compostela, don Paulino Vega Castro, dictó Sentencia el 14 de enero de 1986, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando parcialmente la demanda entablada por el Procurador don Lisardo Reymóndez Pórtela en nombre y representación de doña Clara, frente a don Pablo, doña Lucía, doña Paloma, don Jose Augusto, don Carlos Daniel, don Jesús María, representados por su causídico doña Lourdes; doña Silvia, don Carlos Francisco, doña Blanca, don Jose Pedro, doña Eugenia, don Alonso, doña Luisa, don Cornelio, doña Regina, don Felix, doña María Milagros, don Iván y su esposa doña Amanda, don Miguel, doña Consuelo, don Valentín, doña Inés, don Luis María y su esposa doña Montserrat, don Juan Alberto ..., las personas desconocidas e inciertas que pudieran estar interesadas en la herencia o bienes de su causal don Mariano, no personados en autos y en situación legal de rebeldía; y contra Caja de Ahorros de Galicia, representada por el Procurador don Ángel Regueiro Sánchez; Caja Postal de Ahorros, representada por el Procurador don Amado Várela Tobío y contra el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro que la legítima de la hija natural reconocida doña Clara en la herencia de su fallecido padre don Mariano, está constituida por un tercio de esta herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral del causante, cuota legitimaria de un tercio de la herencia que al hijo legítimo don Pablo le corresponde satisfacer a doña Clara en dinero o en otros bienes ajusta regulación, a optar, concretar y hacer pago en trámite de ejecución de Sentencia, desestimando en lo demás y absolviendo a los demandados, todo sin expresa mención de las costas de este proceso».

Sexto: Interpuesto recurso de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la demandante-apelante doña Clara, contra la Sentencia dictada el 14 de enero de 1986 por el Juzgado de



Primera Instancia núm. 3 de los de Santiago de Compostela , dicha Sección Cuarta dictó Sentencia el 31 de marzo de 1989, cuyo fallo es literalmente como sigue: «En parte confirmando y en parte revocando la Sentencia dictada con fecha 14 de enero de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santiago en el juicio de menor cuantía R.º 474/1984, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Clara contra don Pablo , doña Lucía , doña Paloma , don Jose Augusto , don Carlos Daniel , don Jesús María , Caja de Ahorros de Galicia, Caja Postal de Ahorros y estando en rebeldía doña Silvia ..., las personas desconocidas e inciertas que pudieran tener interés en la herencia o bienes de su caudal de don Mariano , doña Amanda , y don Miguel , exclusivamente dirigida contra los demandados don Pablo y doña Paloma , declaramos la nulidad de la partición de herencia de don Mariano practicada por el contador-partidor don Marco Antonio y protocolizada el 30 de junio de 1976 ante el Notario de Santiago don Juan Arredondo y Verdú; y condenamos a dichos demandados a que, acatando tal declaración, procedan a efectuar una nueva partición de la herencia del referido causante en lo que se incluyan, además de los que figuran en la declarada nula, los bienes referidos en el fundamento octavo de esta resolución, o el valor de unos y otros en el momento de fallecimiento del causante si se hubiesen enajenado; y les absolvemos de las demás pretensiones contra ambos formuladas. Y desestimando totalmente ja demanda en cuanto a los demás demandados declaramos no haber lugar a la misma, absolviéndoles de sus pretensiones. No se hace imposición de las costas de primera instancia. De las de este recurso se imponen a la parte actora y apelante las causadas a instancia de las entidades demandadas Caja de Ahorros de Galicia y Caja Postal de Ahorros, y no se hace imposición de las restantes».

Séptimo: El Procurador Sr/a. Vázquez Guillen, en nombre y representación de doña Clara , interpuso recurso de casación contra la Sentencia dictada el 31 de marzo de 1989 por la Sección Cuarta de la Audiencia de La Coruña , basándose en los siguiente motivos: Primero.-Rechazado en período de admisión. Segundo.-Rechazado en período de admisión. Tercero.-Al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la L.E.C. , se fundamenta el recurso en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para la cuestión objeto de debate. Se acusa la infracción por inaplicación de los arts. 659 y 1.407 del C.C. , este último en su originaria redacción y de la jurisprudencia dictada en su interpretación. Cuarto.-Al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la L.E.C. se acusa la infracción por inaplicación del art. 1, núm. 4 del art. 4, núm. 1 párrafo segundo del art. 840 en su originaria redacción, art. 842, art. 847 e inciso final del art. 1.074, todos del C.C. y jurisprudencia aplicable. Quinto.-Al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la L.E.C. se acusa la infracción por errores de interpretación de los arts. 806, 808, 823, párrafo primero originario 840, 825 en relación con los 782 y 828, todos del C.C. , y jurisprudencia aplicable.

Octavo: Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción por las partes, se mandaron traer los autos a la vista con las debidas citaciones.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez.

Fundamentos de Derecho

Primero: Inadmitidos en el correspondiente trámite procesal, los motivos primero y segundo en que la recurrente doña Clara fundamenta el recurso de casación de que se trata, al amparo el primero en el núm. 3.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por pretendido quebrantamiento de las normas reguladoras de la Sentencia, a causa de entender aplicado erróneamente el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y el segundo, al amparo del núm. 4.º del mismo art. 1.692 de la Ley de Trámites Civil , por entender existencia de error en la apreciación de la prueba, en relación con partida 14 de las relacionadas en el escrito inicial de demanda afectante a la Empresa Plácido, concesionaria de transportes para ferias, fiestas y mercados, queda reducido el mencionado recurso al examen y decisión de los motivos tercero, cuarto y quinto, los tres formulados al amparo del núm. 5.º del aludido art. 1.692 de la referida Ley Procesal Civil y con fundamento, respectivamente, en alegada infracción, por inaplicación, de los arts. 659 y 1.407 del Código Civil , y jurisprudencia dictada en su interpretación, así como del art. 1, núm. 4, 4 núm. 1 y párrafo segundo del art. 840 del Código Civil en su originaria redacción, arts. 842, 847 e inciso final de 1.074 del mismo cuerpo legal sustantivo y jurisprudencia aplicable, y también infracción, por errónea interpretación, de los arts. 840, 825, en relación con los 782 y 828 asimismo del Código Civil y jurisprudencia aplicable.

Segundo: No es de estimar el invocado tercer motivo en que viene fundamentado por la recurrente doña Clara el recurso de casación de que se trata, porque si ciertamente el art. 659 del Código Civil previene que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y que el art. 1.407 de dicho cuerpo legal sustantivo, en su originaria redacción, aplicable a lo objeto del proceso, proclamaba que se reputarán bienes gananciales todos los del matrimonio, mientras no se pruebe pertenecer privativamente al marido o a la mujer, presunción ésta que aparece recogida en el actual art. 1.361 del mismo Código, es lo cierto que para que tal presunción tenga aplicación en el presente caso se habría requerido



acreditar una real omisión del bien a que pretende aplicar tal presunción en las operaciones particionales en cuestión, por revelarse bien su carácter privativo o ganancial en el patrimonio del causante a que se contraen dichas operaciones particionales don Mariano , circunstancia que en modo alguno se reconoce en la Sentencia recurrida, en la que, con la consiguiente vinculación en casación, al no haber sido desvirtuado por el cauce o vía que depara el núm. 4.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , expresamente se establece que, aparte de la vaguedad de datos que se designan con relación a la mencionada partida, referente a la Empresa de Transportes Plácido, o cuando menos los tres vehículos a que se contrae la certificación de la Delegación de Hacienda de La Coruña de fecha 22 de febrero de 1984, «no se ha practicado prueba, o ésta no ha dado el resultado suficiente, para acreditar su existencia, y, en consecuencia su omisión» (fundamento de derecho octavo de la Sentencia recurrida), lo que tanto quiere decir que no se considera adscrita al patrimonio del referido causante don Mariano , ni privativamente ni con el carácter ganancial invocado por la recurrente, lo que, además, viene corroborado por la propia certificación de la Delegación de Hacienda de La Coruña de fecha 22 de febrero de 1984, en que trata de apoyarse el motivo que se examina, ya que en ella lo único que se certifica es que el precitado don Mariano figura como contribuyente en el listado alfabético de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial en situación de 1 de enero de 1972, en el Ayuntamiento de Santiago, con tres vehículos, pero no que sea titular domicial, bien con carácter privativo o ganancial de la referida Empresa de Transportes Plácido y vehículos a ella adscritos, cual la recurrente aduce, pues a ello precisamente se opone la certificación obrante en autos, expedida por la Jefatura Provincial de la Dirección General de Transportes de la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta de Galicia, en la que se manifiesta que doña Paloma es la titular de los vehículos provistos de tarjeta-visado de transporte V.D. que se citan, habiendo sido anuladas con fecha 6 de marzo último, con motivo de su integración y aportación de las mismas a favor de la Sociedad Limitada «Empresa Plácido», de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del art. 7.º de la Orden ministerial de 23 de diciembre de 1983 («BOE» de 30 de diciembre de 1983), y cuya empresa, según evidencia la prueba practicada y a considerar en este recurso, en cuanto es aspecto fáctico de precisa integración en él al venir admitido en la resolución impugnada, se reconoce por testigos, aportados por la parte demandada, perteneció siempre a la familia de dicha doña Paloma (padres y hermanos) que explotaba y explota los autobuses que llevan ese nombre (contestación a la pregunta cuarta de las propuestas por la parte demandada), con corroboración de ello por la demandante cuando en repreguntas admite, y lo aseveran los interrogados, que el primer titular propietario de la Empresa Plácido fue don Ángel [repregunta a) a dicha pregunta cuarta y contestación de la misma], lo que determina la evidencia de que la Empresa aludida no es de la exclusiva pertenencia, ni como bien privativo ni ganancial, del tan citado don Mariano , cual se pretende, pues tenía procedencia de otra titularidad privativa, cual la familia de doña Paloma , esposa del referido don Mariano sin perjuicio, claro está, que de tener algún derecho éste en dicha empresa, y concretamente en la Sociedad Limitada con que viene configurada, puede instar la recurrente, a fin de adscribirlo a su patrimonio como consecuencia de la liquidación de la herencia de su padre natural, el aludido don Mariano , la inclusión en las operaciones particionales de la herencia de dicho causante los derechos que, en su caso, en tal Empresa Plácido represente, bien como complemento de las operaciones particionales ya practicadas, de resultar mantenida, o bien en las nuevas que se lleven a cabo de resultar declarada su nulidad.

Tercero: Por el contrario, es de estimar el motivo cuarto, afectante al particular de la Sentencia recurrida que, con relación a la nulidad declarada de la partición de herencia de don Mariano , practicada por el contador-partidor don Marco Antonio y protocolizada el 30 de junio de 1976 ante el Notario de Santiago don Juan Arredondo y Verdú, con condena a los demandados a proceder a efectuar una nueva partición de la herencia del referido causante, en la que se incluya, además de los que figuran en la declarada nula, los referidos en el fundamento octavo de dicha Sentencia objeto del presente recurso, o el valor de unos y otros, pero condicionado «al momento del fallecimiento del causante si se hubiesen enajenado», pues si ciertamente es adecuado el mantenimiento de tales pronunciamientos de nulidad de dichas operaciones practicadas y la procedencia de efectuar una nueva comprensión tanto de los bienes que figuran en las referidas operaciones declaradas nulas como las referidas en el fundamento octavo de la Sentencia objeto del presente recurso, en cuanto se trata de pronunciamientos que han quedado firmes, y por tanto son incólumes en casación, al haber sido consentidos por los demandados, que no interpusieron recurso, por favorables a la demandante, y apoyarse precisamente en ellos el motivo que se examina; sin embargo, no es adecuado el expresado pronunciamiento de la mencionada Sentencia recurrida que, considerando la posibilidad de que algunos de los relacionados bienes e incluir en las expresadas nuevas operaciones particionarias que se realicen se hubieren enajenado, se determine su valor «en el momento del fallecimiento del causante», ya que si indudablemente el art. 840 del Código Civil , en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo , prevenía que «los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación», esa normativa en modo ha de remitirse al valor que tuvieron los bienes en el momento del fallecimiento del causante, como erróneamente establece la Sentencia recurrida, sino al valor que corresponda al tiempo en que se efectúe la adjudicación de bienes al hijo natural, bien supliéndolos con



otros el hijo legítimo o en dinero, pues que en la nueva actividad particional, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 17 de abril de 1943; 22 de diciembre de 1944; 23 de junio de 1952; 16 de noviembre de 1955 y 17 de enero, 14 de febrero y 21 de marzo de 1985, el acervo hereditario ha de ser considerado y reconstruido en su valor real referido a la época en que haya de llevar a cabo la adjudicación, con otros bienes o en metálico, o sea teniendo en cuenta el que corresponde a los bienes que corresponda adjudicar, y a cuyo momento de adjudicación es al que ha de someterse la sustitución de equivalencia con otros bienes o en metálico que consideraba el precitado art. 842, en su párrafo segundo, en su redacción anterior a la mencionada Ley de 13 de mayo de 1981, dado que el entender lo contrario significaría vulnerar claramente el principio de equivalencia patrimonial que en todo momento ha de presidir en la actividad particional de bienes.

Cuarto: A igual solución estimatoria es de llegar en lo que se contrae al motivo quinto, puesto que al exponer su voluntad testamentaria don Mariano, reflejada en la cláusula segunda del testamento que rige su sucesión, otorgado el día 12 de febrero de 1978, ante el Notario de la ciudad de Santiago de Compostela don Alberto Barreras López, que «instituye herederos a sus hijos Pablo y Clara, a ésta en lo que por legítima le corresponde y a aquél en el remanente del caudal hereditario», unido a que solamente haya dejado dicho causante como hijos y descendientes legítimos, a los relacionados instituidos herederos en dicho testamento, que es el que rige su sucesión, el citado don Pablo en el concepto de hijo legítimo y la mencionada doña Clara en el concepto de hija natural, conduce a que a ésta es de asignar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 840 del Código Civil, en su anterior redacción imperante al tiempo del otorgamiento de dicho testamento, no la mitad del tercio de legítima estricta, también denominada corta, o sea un sexto de la herencia del referido causante, sino en la amplia, asimismo nombrada larga, es decir a los dos tercios que el legislador, en el art. 808, igualmente vigente cuando fue otorgado el mentado testamento, consideraba como legítima de los hijos y descendientes legítimos, es decir, «las dos terceras partes que del haber hereditario del padre y de la madre», solamente alterable y limitado a un tercio de la herencia cuando, según autoriza el párrafo segundo del referido art. 808, el causante disponga de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos, supuesto no producido en el presente caso, habida cuenta que solamente existe un hijo y descendiente legítimo, lo que tanto quiere decir que, en el supuesto actual, al existir un único hijo y descendiente legítimo, cual es don Pablo, la legítima de éste viene constituida por los dos tercios de la herencia que aquella integra, pues que el tercio de mejora tiene concepto de legítima y en ella se sucede por ministerio de ley, puesto que ésta sólo permite mejorar a los descendientes cuando existen varios, y además por llamamiento libre y voluntario hecho por el testador dentro de ese límite y, en consecuencia, que a la hija natural doña Clara le sea asignable la mitad de dicha legítima integrada por dos tercios de la herencia del causante don Mariano, o sea, correspondiéndose un tercio de dicha herencia, que, según previene el párrafo primero del antes citado art. 840 del Código Civil, vigente al tiempo del otorgamiento del tan citado testamento, lo será siempre que aquella cuota quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral, lo que ya fue reconocido en Sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 1935, y en ello es de insistir, al señalar que la legítima de los hijos y descendientes legítimos, según establecía el párrafo primero del art. 808, en relación con el 806, del Código Civil, en su redacción existente al tiempo del otorgamiento del tan repetido testamento otorgado por don Mariano, rector de su sucesión hereditaria, la forman dos tercios del caudal hereditario del causante, si no hay mejora, o un tercio si se destinó a ésta uno de esos dos tercios, o bien el primero y el resto del segundo en la parte de tal tercio destinado a mejora sustraída a tal fin, constituyendo por tanto una cuota distinta en cada sucesión, la legítima que corresponde a cada hijo legítimo determinable por aplicación de la teoría llamada del dividendo variable, con la consecuencia de que la frase «hijos legítimos no mejorados», empleada en el párrafo primero del art. 840 del Código Civil, en su redacción dada cuando el tan repetido testamento fue otorgado, responde exclusivamente al principio cardinal de impedir que el hijo natural reciba, por cualquier motivo o circunstancia, mayor participación en la herencia que la representada por la mitad de lo que en el respectivo caso corresponda al hijo legítimo no favorecido con mejora, partiendo de la realidad de hijos o descendientes mejorados y no mejorados, ya que cuando no hay mejora no se da la posibilidad de que alguien ostente tal beneficio o quede fuera de él, y en este sentido no cabe interpretar la frase expresada como referida a un tercio de mejora ideal y abstracta, presente siempre en toda sucesión con voluntad expresa del causante, o sin ella, porque su significado equivalga la total, perenne e invariable exclusión del tercio de mejora, para fijar la cuota del hijo natural.

Quinto: En definitiva, en lo referente al problema planteado en el indicado motivo quinto, cuando, como en el presente caso ocurre, en la sucesión de que se trata sólo exista un hijo legítimo y un hijo natural reconocido conforme a Derecho, se da un imposible legal, o una dificultad defacto, para que la mejora surja, ya que para ello se requiere pluralidad de sujetos, en una o en varias generaciones -supuesto que aquí no se da-, sobre los que sea factible que recaiga, porque, por su propia naturaleza, presupone el ejercicio de un derecho electivo, por lo mismo que lleva envuelta, en su entraña, una idea de desigualdad, preferencia o comparación entre dos términos, uno más favorecido que otro, por llamamientos simultáneos o sucesivos, de tal manera que cuando esa facultad electiva no puede producirse, por existir únicamente un hijo y descendiente legítimo, la legítima



del mismo, a fines de aplicación del mencionado párrafo del art. 840 del Código Civil , aplicable a la sucesión en cuestión, viene conformada por los dos tercios de la herencia, que, según el también ya mencionado art. 808, en su párrafo primero, en relación con el 806 del mencionado Cuerpo legal, constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y con base en ella ha de computarse la mitad que, según el párrafo segundo del mismo art. 840, corresponde al hijo natural legalmente reconocido.

Sexto: A lo expuesto en los dos precedente fundamentos de derecho en nada obsta la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1930, sino que, por el contrario, examinada en adecuado alcance, corrobora la indicada tesis de que cuando sea un solo hijo y descendiente legítimo el que concorra con hijo natural la legítima de aquél ha de venir representada por los dos tercios de la herencia que constituya tal legítima, y correlativamente la del hijo natural un tercio, asignable a la mitad de dichos dos tercios que según el art. 808 del Código Civil formaban, al tiempo del otorgamiento del testamento a que se viene haciendo referencia, la legítima de dicho único hijo y descendiente legítimo, pues que si la legítima, según también prevenía el art. 806 del Código Civil , en su redacción dada al tiempo en que aquel testamento se otorgó, «es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», claro es que, por su intangibilidad, cuando existe un solo hijo y descendiente legítimo, como en este caso ocurre, se produce en favor de éste una sucesión forzosa o necesaria en el sentido de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del causante, salvo caso de real y apreciable causa de desheredación, por disposición de la ley, la cual no suple la voluntad del mismo, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes, lo que, en realidad, no significa una incapacidad parcial del de cuius, al ser simplemente una limitación a su facultad de disponer, que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario, y habida cuenta que la vocación de los legitimarios es hecha por la ley, no por testamento o pacto sucesorio, por lo que poco importa que el testador, respetando el límite marcado, haya instituido heredero de la porción forzosa de tal manera que la legítima del derecho moderno es el resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de portio legítima del Derecho Romano, con la de la reserva propia de los Derechos germánico y consuetudinario francés, representando un principio de conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia, a cuyos principios es a lo que guarda adecuado acomodo la referida Sentencia de 2 de diciembre de 1930, pues que en el supuesto que contempló se trataba de testador que había dejado la totalidad del tercio de sus bienes, para lo que tenía facultad con base en el entonces vigente art. 808 del Código Civil , y que en consecuencia determinó que, al hacer aplicación del párrafo primero del art. 804 de que se viene haciendo mención, estimase que la cuota hereditaria asignable al hijo natural fuera de una sexta parte de la herencia, como correspondiente con el tercio de la herencia a que, por cauce de la mejora, quedó reducida la legítima de los hijos legítimos, revelándose con ello una situación diferente a la considerada en la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, que contempla la comparación, en el ámbito sucesorio hereditario, de un solo hijo legítimo con un solo hijo natural, en que la legítima de aquél será integrada, cual viene precedentemente razonado, por los dos tercios de la herencia, y a ella viene supeditada la mitad de ella asignada legalmente al hijo natural.

Séptimo: Finalmente, en nada afecta el aspecto determinador de la cuota legitimaria de doña Clara , en su carácter de hija natural reconocida del causante don Mariano , puesta en relación con la asignable al único hijo legítimo del mismo, la tesis mantenida sobre la denominada mejora tácita, que un autorizado sector doctrinal y las Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1967 y 18 de junio de 1982 admiten como posible en ciertos casos, con base en lo normado en el inciso final del art. 828 y 782 del Código Civil , y concretamente en el caso de que en la declaración del testador se evidencia una voluntad patente de mejorar cuando el testador se manifiesta de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, en tanto que otro también autorizado sector de la doctrina, con apoyo en lo establecido en el art. 825 del Código Civil y Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1925, se inclina por el criterio que el Código Civil español no reconoce tal modalidad de mejorar, porque, cualquiera que fuere el criterio que al respecto se mantuviere, es lo cierto que la mejora tácita requiere, en todo caso, la posibilidad de los precisos presupuestos para la aplicación de tal institución jurídica, y concretamente, claro está, de que existan varios hijos o descendientes legítimos, a fines de que pueda producirse la facultad electiva a que se contrae, implícitamente, el art. 823 del Código Civil , pues si existe uno sólo, cual sucede en el presente caso, al no poder producirse esa facultad electiva en el testador, el tercio que la Ley, en dicho precepto, posibilita para mejorar a uno o más de sus hijos y descendientes legítimos, queda privado de tal consideración jurídica, en cuanto que el testador no puede disponer de ella más que en favor de único hijo legítimo existente, dado que la ley necesariamente lo asigna a él, sin facultad del testador de darle otro destino que el que por ley viene establecido, y que se especifica en el art. 806 del Código Civil , y toda vez que, como pone de manifiesto la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986, la naturaleza de la legítima está transida más que de una vocatio universal de esencia personalista en la transmisión sucesoria, de una valoración económica cuantificada.



Octavo: En consecuencia, por acogida de los motivos cuarto y quinto en que la recurrente doña Clara fundamenta el recurso de casación de que se trata, procede declarar haber lugar al mismo, y consiguientemente, en virtud de lo establecido en el núm. 3.º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictar la resolución que corresponda dentro de los términos en que ha quedado planteado el debate; y en tal sentido, habida cuenta de los razonamientos expuestos en los precedentes fundamentos de derecho, que aquí se dan reproducidos, y en consecuencia de la normativa legal aplicable del Código Civil, de que en aquéllos se hace cita, que es la anterior a la nueva normativa instaurada a partir de la Ley 11 /1981, de 13 de mayo, de conformidad con las disposiciones transitorias 1.ª, 2.ª, 4.ª y 12.ª párrafo primero del Código Civil, procede estimar en parte la demanda interpuesta por doña Clara contra don Pablo, su esposa doña Lucía, doña Paloma, don Jose Augusto y su esposa doña Silvia, don Carlos Francisco y su esposa doña Blanca, don Jose Pedro y su esposa doña Eugenia, don Alonso y su esposa doña Luisa, don Cornelio y su esposa doña Regina, don Carlos Daniel, don Felix y su esposa doña María Milagros, don Iván y su esposa doña Amanda, don Miguel y su esposa doña Consuelo, don Valentín, don Jesús María y su esposa doña Inés, don Luis María y su esposa doña Montserrat, don Juan Alberto y su esposa doña Leonor, don Inocencio y su esposa doña Filomena, don Luis Manuel y su esposa doña Julieta, don Juan Ignacio y su esposa doña María Virtudes, don David y su esposa doña Aurora, don Ismael y su esposa doña Irene, don Rafael y su esposa doña Victoria, la Caja de Ahorros de Galicia, con domicilio social en la ciudad de La Coruña y, en su nombre, al Presidente de su Consejo de Administración, o persona que legalmente la represente, la Caja Postal de Ahorros, con domicilio social en Madrid, y en su nombre al Presidente de su Consejo de Administración o persona que legalmente la represente, a las personas desconocidas e inciertas que pudieran estar interesadas en la herencia o bienes de su caudal, de don Mariano al Ministerio Fiscal, es procedente declarar:

A) La nulidad de la partición de herencia de don Mariano practicada por el contador-partidor don Marco Antonio y protocolizada el 30 de junio de 1976 ante el Notario de Santiago don Juan Arredondo y Verdú, y condenando a dichos demandados don Pablo y doña Paloma, a que, acatando tal declaración, procedan a efectuar una nueva partición de la herencia del referido causante, en la que se incluyan, además de los que figuran en la declarada nula, los bienes referidos en el fundamento de derecho octavo de la Sentencia objeto de este recurso de casación, dictada el 31 de marzo de 1989 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, o el valor real que unos y otros tengan en el momento de la ejecución de Sentencia, pues que en esta fase procesal es cuando se producen las correspondientes adjudicaciones; y

B) Que la legítima de la hija natural reconocida doña Clara, en la herencia de su fallecido padre don Mariano, está constituida por un tercio de esta herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral del causante; cuota legitimaria de un tercio de la herencia que al hijo legítimo don Pablo le corresponde satisfacer a doña Clara en dinero o en otros bienes a justa regulación, a optar, concretos y hacer pago en trámite de ejecución de Sentencia; condenando a los referidos demandados don Pablo y doña Paloma a estar y pasar por estas declaraciones, y a ejecutar todo aquello que sea necesario para su mas exacto cumplimiento, y desestimando la mencionada demanda en cuanto a los demás demandados, declaramos no haber lugar a la misma con relación a ellos, absolviéndoles en consecuencia, desestimando igualmente la referida demanda en relación con todos los demás demandados, en cuanto a los aspectos que difieren o no se acomoden a las precedentes declaraciones, absolviendo en consecuencia a todos ellos de tales aspectos desestimados; sin hacer especial declaración en orden a las costas causadas en la fase procesal de primera instancia, y en lo que hace relación a los de segunda instancia se imponen a la parte actora y apelante las causadas a instancia de las entidades demandadas Caja de Ahorros de Galicia y Caja Postal de Ahorros, y no se hace especial imposición de las restantes, en adecuada aplicación, respectivamente, de lo normado en el párrafo segundo del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y párrafo segundo, a sensu contrario, de la misma Ley Procesal; y en lo referente a las del recurso de casación, cada parte satisfará las suyas, sin pronunciamiento sobre depósito, al no haber sido constituido por no ser preceptivo, al estar en presencia de Sentencias no conformes de toda conformidad en primera y segunda instancia; y todo a tenor de lo prevenido en el párrafo primero del núm. 4.º del art. 1.915 de la invocada Ley de Enjuiciamiento Civil y párrafo primero del art. 1.703 de la misma Ley de Trámites Civil.

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

FALLAMOS:

Se estima en parte, por acogida de los motivos cuarto y quinto en que se fundamenta, el recurso de casación interpuesto por Doña Clara contra la Sentencia dictada, con fecha de 31 de marzo de 1989, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, en las actuaciones de que se trata, y en consecuencia estimando también en parte la demanda formulada por dicha doña Clara contra don Pablo y su esposa Lucía, doña Paloma, don Jose Augusto y su esposa doña Silvia, don Carlos Francisco y su esposa doña Blanca



, don Jose Pedro y su esposa doña Eugenia , don Alonso y su esposa doña Luisa , don Cornelio y su esposa doña Regina , don Carlos Daniel , don Felix y su esposa doña María Milagros , don Iván y su esposa doña Amanda , don Miguel y su esposa doña Consuelo , don Valentín , don Jesús María y su esposa doña Inés , don Luis María y su esposa doña Montserrat , don Juan Alberto y su esposa doña Leonor , don Inocencio y su esposa doña Filomena , don Luis Manuel y su esposa doña Julieta , don Juan Ignacio y su esposa doña María Virtudes , don David y su esposa doña Aurora , don Ismael y su esposa doña Irene , don Rafael y su esposa doña Victoria , la Caja de Ahorros de Galicia, con domicilio social en la ciudad de La Coruña y en su nombre al Presidente de su Consejo de Administración, o persona que legalmente la represente, la Caja Postal de Ahorros con domicilio social en Madrid, y en su nombre al Presidente de su Consejo de Administración o persona que legalmente la represente, a las personas desconocidas e inciertas que pudieran estar interesadas en la herencia o bienes de su caudal, de don Mariano al Ministerio Fiscal, declaramos:

A) La nulidad de la partición de herencia de don Mariano practicada por el contador- partidador don Marco Antonio y protocolizada el 30 de junio de 1976 ante el Notario de Santiago don Juan Arrendondo y Verdú, y condenando a los demandados don Pablo y doña Paloma a que, aceptando tal declaración, procedan a efectuar una nueva partición de la herencia del referido causante, en la que se incluyan, además de los que figuran en la declarada nula, los bienes referidos en el fundamento de derecho octavo de la Sentencia objeto del presente recurso, o el valor real que unos y otros tengan al momento de la ejecución de la Sentencia.

B) Que la legítima de la hija natural reconocida doña Clara en la herencia de su fallecido padre don Mariano . está constituida por un tercio de esta herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral de causante; cuota legitimaria de un tercio de la herencia que al hijo legítimo don Pablo le corresponde satisfacer a doña Clara en dinero o en otros bienes a justa regulación, a optar, concretos, y hacer pago en trámite de ejecución de Sentencia.

C) Desestimando la referida demanda en cuanto a los demás demandados, declarando no haber lugar a la misma con relación a ellos, así como desestimando igualmente la referida demanda, en relación con todos los demandados, en cuanto a los aspectos que difieran o no se acomoden a las precedentes declaraciones, absolviendo igualmente a todos ellos de tales aspectos desestimados.

D) No hacemos especial declaración en cuanto a las costas causadas en la fase procesal de primera instancia, y en cuanto a las de segunda instancia se imponen a la parte actora y apelante las causadas a instancia de las entidades demandadas Caja de Ahorros de Galicia y Caja Postal de Ahorros, y no se hace especial imposición de las restantes; y en orden a las del recurso de casación, cada parte satisfará las suyas; y remítase testimonio de esta Sentencia a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña a los efectos procedentes, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Alfonso Villagómez Rodil.- Eduardo Fernández Cid de Temes.-Francisco Morales Morales.-Antonio Gullón Ballesteros.-Antonio Fernández Rodríguez.-Rubricados.