



Roj: **STSJ GAL 6650/2011 - ECLI: ES:TSJGAL:2011:6650**

Id Cendoj: **15030310012011100031**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2011**

Nº de Recurso: **4/2011**

Nº de Resolución: **21/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00021/2011

**SENTENCIA Núm. 21**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

**Sala de lo Civil y Penal**

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Juan José Reigosa González

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don José Antonio Ballester Pascual.

A Coruña, veintisiete de julio de dos mil once.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados expresados en el encabezamiento, vio el recurso de casación número 4/2011, interpuesto, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Tarsila , por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Dolores Corredoira Lider y aquí representada por el procurador D. José Antonio Castro Bugallo, bajo la dirección del letrado D. Juan Ramón Fernández Caro, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, el 2 de diciembre de 2010, en el rollo número 568/2010 , conociendo en segunda instancia de los autos del Procedimiento Ordinario número 696/2008, sobre nulidad de testamento seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Viveiro; siendo recurrida D<sup>a</sup>. Crescencia , representada por el Procurador D. Alejandro Reyes Paz.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballester Pascual.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO:** El procurador D. Constantino Prieto Vázquez, interpuso con fecha 30 de diciembre de 200 demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado decano de Viveiro, y en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando se dictase sentencia por la que:

*1. Declare la nulidad de pleno derecho del testamento abierto otorgado por Don Juan Luis en fecha once de octubre de 2.006, ante el notario de Orgigueira Don Manuel Cañas Navarro, bajo su número de protocolo 1.302, por incapacidad del testador, declarándose por consiguiente como único y válido testamento de dicho finado el otorgado el día dos de marzo de 1.964 ante el notario de Orgigueira Don Camilo Teijeiro Fernández.*



2. Subsidiariamente, y para el supuesto de que la nulidad del testamento suplicada con anterioridad fuese desestimada, declare que los bienes heredados por Don Juan Luis de su hijo Constancio y que éste hubiese heredado de su difunta madre Doña Adela, tenían el carácter de reservables a favor de Don Jorge, siendo éste el único heredero de dichos bienes reservables, sin que éstos puedan ser gravados con la legítima que le corresponde en la herencia de su abuelo Don Juan Luis.

3. *En cualquiera de ambos casos, condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, con expresa imposición de las costas procesales.*

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda por auto de 25 de febrero de 2009, se dio traslado de la misma al demandado emplazándolo para que la contesten en el plazo de veinte días, haciéndolo en su nombre la procuradora D<sup>a</sup>. Concepción Rodríguez Mera la que expuso los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó solicitando que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.

Por providencia del 27 de abril de 2009 se señala para la celebración de la audiencia previa el 28 de julio, a la que asistieron las partes, las que se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación y propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente y practicándose las declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, quedaron los autos conclusos para sentencia, la que fue dictada el 22 de abril de 2010 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

*Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Prieto Vázquez en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Tarsila, contra D<sup>a</sup>. Crescencia y declaro la plena validez del testamento otorgado por Don. Juan Luis a fecha 11 de octubre de 2.006, y que los bienes heredados por D. Juan Luis de su hijo Constancio, heredados a su vez por éste de su difunta madre la Sra. Adela, no tienen el carácter de reservables a favor de D. Jorge (hijo de la actora).*

*Con expresa imposición de costas a la parte actora.*

**TERCERO:** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Con fecha 2 de diciembre de 2010 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, dictó sentencia con el siguiente fallo:

*Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 22 de abril de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Viveiro, debemos confirmar y confirmamos la misma con la salvedad de no hacer expresa imposición de las costas de la de primera instancia, como tampoco se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.*

**CUARTO:** La parte demandante preparó con fecha de registro de 17 de diciembre de 2010 recurso de casación para ante esta Sala, que formalizó en escrito de 17 de enero siguiente y acordó por Diligencia de Ordenación de 21 de diciembre de 2011 acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, así como emplazar a las partes por término de treinta días.

**QUINTO:** Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha 29 de marzo de 2011 por el que se acordó admitir el recurso.

Por providencia de 12 de mayo de 2011 se señala para deliberación, votación y fallo el día 14 de junio de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** por medio del presente recurso se nos pide - esta es la cuestión nuclear y única - una decisión acerca de la aplicación al caso de la obligación sucesoria del ascendiente de reservar determinados bienes a favor de los descendientes, según lo preceptuado en el artículo 811 del Código Civil; es decir, si resultan de aplicación al caso las previsiones de la reserva lineal o troncal. Supuesta la dicción del artículo 182 de la Ley de derecho civil de Galicia de 14 de junio de 2006 y la del apartado segundo de su disposición transitoria segunda, es necesario, para determinar la norma aplicable, conocer la secuencia de los hechos esenciales sobre los que ha de partir nuestra argumentación y sobre los que se ha de proyectar nuestra decisión.

Don Juan Luis, de vecindad civil gallega, estaba casado con doña Adela. Tuvieron dos hijos: don Constancio y don Nicanor. Doña Adela fallece el día diecisiete de mayo de 2002 bajo testamento abierto. Sus dos hijos y su marido son los herederos que reparten su herencia. Nicanor, vecino de Lebrija (Sevilla), se casa con doña Tarsila y tienen un hijo, Jorge, que nace con posterioridad a la muerte de su padre, ocurrida el día 18 de abril de 2005: heredan su mujer y su hijo. El día veintiocho de enero de 2006 muere, sin testar, el otro hijo, don Constancio, soltero y sin descendencia de modo que su único heredero era su padre, que recibe los bienes por sucesión intestada.



Don Juan Luis murió el día nueve de enero de 2007 bajo testamento abierto, fechado el día once de octubre de 2006 y autorizado por el notario de Ortigueira ( A Coruña ) Sr. Cañas Navarro, en el que, sin perjuicio de la legítima estricta que le corresponde a su único descendiente, su nieto, el menor Jorge , instituye heredera universal a su hermana doña Crescencia .

El citado nieto, nacido el día veintiséis de diciembre de 2003, Jorge , representado por su madre doña Tarsila , impugna tal institución y, con liberación de su legítima, reclama, en cuanto que reservables a su favor, los bienes que su abuelo había recibido por ministerio de la ley, vía herencia intestada, de su hijo soltero y tío, a su vez, del demandante, don Constancio , y que procedían de su abuela paterna, madre de Constancio , doña Adela .

El problema, entendemos, debe ser abordado desde la perspectiva de los límites temporales de la eficacia de las normas civiles; es decir, desde las normas de derecho transitorio. Cada disposición innovadora impone una valoración jurídica distinta o contraria a la hasta entonces vigente de modo que se nos plantea el problema de decidir el alcance de las reformas impuestas por la leyes nuevas para determinar si es justo y legal repudiar o conservar las situaciones preexistentes o las ventajas logradas al amparo de la legislación derogada en función de criterios capitales de carácter general inducidos de las normas positivas, tales como los referentes a la seguridad jurídica, a la necesaria evolución social, a las respectivas posiciones en el ordenamiento jurídico de la ley vieja y de la nueva, deducidas estas posiciones de sus respectivos contenidos esclarecedores de la potencia derogatoria de la nueva norma, etc. ( STSJG 9/2011 de 28 de marzo )

**SEGUNDO** : en síntesis, la parte recurrente sostiene, frente a las sentencias de primera instancia y de apelación, la aplicación de la reserva lineal, habida cuenta de la fecha - 26 de enero de 2006 - de apertura de la sucesión del descendiente, causante de la obligación de reservar, don Constancio , fecha en la que aún no estaba vigor la actual LDCG, a la que no se puede otorgar efecto retroactivo pues rige sólo para las sucesiones abiertas con posterioridad a su entrada en vigor. Las sentencias, por el contrario, entienden que con la obligación de reservar impuesta al reservista - Sr. Juan Luis - no ha nacido un derecho para el reservatario, sino una mera expectativa que no se consolida y convierte en derecho sino cuando se abre la sucesión del reservista y el reservatario es llamado a su herencia.

Nos inclinamos por esta última opinión.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912 y la de 2 de enero de 1929 nos indican que la obligación de reservar nace cuando fallece la persona obligada a reservar, por lo que hasta la muerte del reservista no puede afirmarse que asista al reservatario más que una esperanza o expectación de derecho.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956 sostiene que el derecho del reservista es análogo al del poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria y el derecho que compete a los reservatarios sobre los mismos bienes se halla afecto a una condición suspensiva. La STS de 1 de diciembre de 1989 , con cita de la de 2 de enero de 1929 , insiste en esta idea y califica el derecho de reserva como de actuación automática, una vez que se cumple la doble condición del fallecimiento del reservista, de carácter resolutorio, y, suspensivo para el reservatario, cual es su supervivencia.

La misma idea pervive en la de 25 de septiembre de 2006, con reproducción literal de párrafos de la de 2 de enero de 1929. Concluye así la reciente sentencia de 2006, en lo que interesa: "*la reservataria, D<sup>a</sup> Violeta , tiene (no el derecho actual a percibirlos, como había pedido y le había sido denegado en un proceso anterior) sino una esperanza o expectación de derecho ( sentencia de 21 de marzo de 1912 ), derecho expectante de reserva ( sentencia de 31 de octubre de 1964 ), mera expectativa asegurada ( sentencia de 17 de junio de 1987 ): en definitiva, una expectativa jurídicamente protegida (como decía la sentencia de 26 de marzo de 1960 ) que dará derecho a la reservataria a adquirir los bienes, a la muerte de la reservista y si le sobrevive; es decir, es titular de los bienes reservables, sujeta a la condición suspensiva de sobrevivir a la reservista (lo que recalca la sentencia de 21 de diciembre de 1989 ). Mientras tanto, puede exigir las garantías que contempla el artículo 184 de la Ley Hipotecaria "*

Si, pues, el derecho del reservatario a adquirir los bienes nace con la muerte del reservista y la supervivencia del reservatario en cuanto que acontecimientos que constituyen la doble condición ( artículo 1.114 del CC ), ni aun aplicando, no ya la decimosegunda , sino la disposición transitoria primera, como se alega, del Código Civil se podría estimar la pretensión, puesto que no ha nacido de eventos sujetos a la legislación anterior, el Código Civil, sino a la Ley de derecho civil de Galicia, a tenor de su disposición transitoria segunda , apartado segundo, que es la norma transitoria específicamente aplicable al caso y no la tercera, referida a cuestiones ajenas a la sucesión "mortis causa" .



No se concede, en consecuencia, eficacia retroactiva alguna ( artículo 2.3 del CC ) al aplicar al caso el artículo 182 de la LDCG cuando establece que en las sucesiones regidas por la presente Ley ( disposición transitoria segunda , apartado segundo de la LDCG ) no habrá lugar ni a la reversión legal ni a la obligación de reservar.

**TERCERO** : ya la sentencia del TS de 17 de junio de 1967 considera esta reserva como una variedad con características propias de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones "mortis causa". Esta línea es acogida por la más reciente jurisprudencia. Así, entre otras, esta sentencia es citada por la de la STS de 13 de marzo de 2008 al entender ésta que la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuanto a la disposición de sus bienes por "el ascendiente que heredare de su descendiente"; que la realidad social actual es contraria a limitar al causante sus facultades de disposición sucesoria (artículo 3 del Código Civil ); y que la jurisprudencia de esta Sala sostiene la necesidad de que la institución sea objeto de una consideración restrictiva por su carácter singularísimo y excepcional. La STS de 21 de octubre de 1991 , tras recordarnos que constituye, junto con la sucesión forzosa, una verdadera limitación a la plena libertad de testar, insiste en que hoy, cumpliendo la norma, debe prevalecer el respeto a la libertad. Es más, la sentencia del TS de 23 de marzo de 1992 ( FJ tercero ) llega a cuestionar la subsistencia de unas reglas cuya oportunidad actual resulta discutible.

Sabido es que las normas excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas ( artículo 4.2 del Código Civil ).

Por otra parte, fijémonos que en la LDCG de 2006 el ascendiente ya ni siquiera es legitimario ( artículo 238 ).

**CUARTO**: la Ley de derecho civil de Galicia en materia de sucesiones viene a establecer un principio de mayor libertad del causante a la hora de determinar el destino de sus bienes y así se suprimen las reservas - vidual y lineal - y la reversión de las donaciones ( artículo 182 ); se amplían las formas testamentarias con los testamentos mancomunados y por comisario ( artículo 187 y siguientes ); se permiten los pactos sucesorios ( artículos 209 y siguientes ); se limita el círculo de legitimarios ( artículo 238 ) y se restringen las cuantías de las legítimas ( artículos 243, 253, 254 ); etc.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3 de la LDCG , el derecho general del Estado - Código Civil, en el caso, - sólo será de aplicación supletoria cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego, uno de los cuales es, o así se induce de la LDCG porque no se alude a él en su exposición de motivos, una mayor libertad de disposición "mortis causa", luego no parece que se pueda aplicar una norma de carácter excepcional que extrema el principio contrario, cuando ni siquiera el supuesto reservatario había adquirido ningún derecho o ventaja firme conforme a la legislación anterior, frente al derecho del "ascendiente" reservista, don Juan Luis , a disponer de sus bienes, y del derecho a la herencia de la instituida heredera, doña Crescencia , de modo que la decisión que adoptamos permite la evolución del derecho sin merma de la seguridad jurídica, pues entre los intereses en juego nos inclinamos por aquellos que constituyen derechos consolidados frente a aquellos que no llegaban sino a meras expectativas.

Todos los motivos del recurso, que en esencia se cifraban en uno, han de ser, pues, desestimados.

**QUINTO** : por las mismas razones expuestas en la sentencia recurrida, no se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Conforme a la disposición adicional decimoquinta de la L.O.P.J . se acuerda la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

## PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de casación presentado por el procurador Sr. Castro Bugallo en nombre y representación de doña Tarsila que actúa, a su vez, en representación legal de su hijo, menor de edad, don Jorge , contra la sentencia dictada el día dos de diciembre de 2010 por la Audiencia Provincial de Lugo en el rollo número 568/2010 a que este recurso se contrae, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno. Remítase testimonio de la presente con el rollo y los autos correspondientes a la Audiencia de procedencia.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ