



Roj: **STSJ GAL 4858/2012 - ECLI:ES:TSJGAL:2012:4858**

Id Cendoj: **15030310012012100021**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2012**

Nº de Recurso: **30/2011**

Nº de Resolución: **17/2012**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 824/2011,**
STSJ GAL 4858/2012

T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00017/2012

SENTENCIA Núm. 17

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 Saavedra Rodríguez

Don José Antonio Ballesterio Pascual.

A Coruña, veinticuatro de abril de dos mil doce.

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 **30/2011**, interpuesto, en nombre y representación de D^a. Francisca , por el procurador D. Santiago Gómez Martín y aquí representada por el procurador D. Ignacio Pardo de Vera, bajo la dirección del letrado D. Francisco J. Fernández Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, con sede en Santiago de Compostela, el 15 de marzo de 2011, en el rollo número 96/2010 , conociendo en segunda instancia de los autos del Procedimiento Ordinario sobre complemento de legítima y otros extremos, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santiago de Compostela con el número 1259/08; siendo recurrido D. Fausto , representado por la procuradora D^a. Rita Goimil Martínez y asistido por la letrada D. Blanca Morgadas Lago.

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

Antecedentes de hecho

PRIMERO: El procurador D. Santiago Gómez Martín, interpuso con fecha 19 de noviembre de 2008 demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Santiago de Compostela, y en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando se dictase sentencia en cuya virtud:



- 1º)- Se declare que mi representada ha recibido por todos conceptos del causante D. Matías menos de lo que por legítima le corresponde.
- 2º)- Se declare que la legítima de mi representada asciende a la mitad de dos tercios del caudal computable resultado de sumar, a los bienes dejados por el causante a su fallecimiento, el valor de los bienes donados inter vivos por el causante al demandado o, subsidiariamente para el caso de no estimarse lo anterior, se declare que la legítima de mi representada asciende a la mitad de un tercio del caudal del causante computado como queda expresado.
- 3º)- Se declare el derecho de mi representada al complemento o suplemento de su legítima, estableciéndose para llevar a efecto dicho complemento o suplemento:
- a)- La adjudicación a mi representada de los bienes del caudal hereditario no dispuestos singularmente en el testamento, a saber: la finca nº NUM000 de la Concentración Parcelaria de Figueiras (finca nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº Dos de los de Santiago, inscrita a nombre del causante al Libro NUM002 , tomo, NUM003 , folio NUM004) y el uso de la sepultura del cementerio de Santa María de Figueiras, compuesta de cuatro nichos y cenicero, del causante.
- b)- Si la adjudicación anterior no fuera suficiente para cubrir completar la legítima enteramente, la reducción, en la cuantía necesaria para ello, de:
- 1- los legados de la casa nº NUM005 de DIRECCION000 de esta ciudad, de la leira " DIRECCION001 " y de la finca " DIRECCION002 " dispuestos por el causante a favor del demandado en el testamento.
- 2- en cuanto que la reducción de tales legados no fuera suficiente para cubrir el complemento o suplemento enteramente, la reducción -en la cuantía necesaria- de la donación hecha entre vivos por el causante al demandado, después de otorgado el testamento, de la casa del testador con su terreno unido que la rodea.
- c)- En cuanto que las adjudicaciones y reducciones precedentes no fueran suficientes para cubrir el complemento o suplemento de la legítima de mi representada por entero, se condene al demandado a abonar en metálico a mi representada la diferencia de valor entre los complementos anteriores (adjudicaciones y reducciones) y el importe del perjuicio de la legítima de mi representada.
- Admitida a trámite la demanda por auto de 4 de diciembre de 2008, 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^a. Rita Goimil Martínez 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 30 de enero de 2009 se señala para la celebración de la audiencia previa el 27 de febrero de 2009, 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 11 de noviembre de 2009 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:
- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la representación de Francisca contra Fausto y, en consecuencia declaro:
- 1º) Que Francisca ha recibido por todos los conceptos en la herencia del causante Matías menos de lo que por legítima le corresponde.
- 2º) Que la legítima de Francisca asciende la mitad de dos tercios del caudal computable, es decir, a un tercio del mismo, resultado de adicionar a los bienes dejados por el causante al tiempo de su fallecimiento, valorados al tiempo de la apertura de la sucesión, el valor de los que fueron objetos de donación al tiempo de la misma.
- Las valoraciones se llevarán a efectos tomando como base el informe del perito judicial incorporado a las actuaciones, teniendo en cuenta que han de adaptarse las mismas al momento en el que deben realizarse conforme a lo establecido en el párrafo anterior.
- 3º) Que Francisca tiene derecho al complemento de su legítima, debiéndose llevar a cabo el mismo de conformidad con las siguientes bases:
- Primero, la adjudicación a Francisca de lo que el causante no hubiere dispuesto singularmente en su testamento.
- Segundo, si la adjudicación anterior no fuera suficiente para complementar la legítima, la reducción de los legados eficaces hechos a Fausto .



SEGUNDO: Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Con fecha 15 de marzo de 2011 la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con el siguiente fallo:

Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandado, D. Fausto, contra la sentencia pronunciada en el presente juicio por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, de fecha 11 de noviembre de 2009, sentencia que revocamos en lo siguientes: a) el pronunciamiento que declara que la legítima de la demandante, D^a. Francisca, en la herencia de su padre, don Matías, asciende a la mitad de dos tercios (legítima larga), y en su lugar declaramos que asciende a la mitad de un tercio (legítima corta); b) el pronunciamiento que declara que si con la adjudicación de lo no dispuesto en el testamento y la reducción de legados no fueran suficientes para cubrir la legítima, el heredero, D. Fausto, demandado, deberá abonar las diferencias en metálico, pronunciamiento que dejamos sin efectos. Confirmando la sentencia en los demás pronunciamientos, excepto el de las costas, que no se imponen en ninguna de las instancias.

TERCERO: La parte demandante preparó por escrito de fecha 28 de marzo de 2011 recurso de casación para ante esta Sala, que formalizó en escrito de 10 de mayo siguiente, el cual fue admitido a trámite por diligencia de ordenación de 24 de mayo de 2011 y acordó remitir los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo (por error), así como emplazar a las partes por término de treinta días.

CUARTO: 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 15 de septiembre de 2011 por el que se acordó admitir a trámite el recurso y entregar copia a la parte recurrida. En nombre y representación de D. Fausto la Procuradora D^a. Rita Goimil Martínez formalizó escrito de impugnación del recurso el 21 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: entendemos que la correcta decisión sobre las distintas cuestiones suscitadas en torno al caso precisa de una breve narración de los hechos esenciales declarados probados en la sentencia dictada en grado de apelación, no discutidos en este grado. Don Matías, cuya vecindad civil gallega no se discute, fallece el día 6 de abril de 1997 habiendo otorgado testamento abierto el día 31 de mayo de 1994 con número de protocolo 3.068 del notario de Santiago de Compostela Sr. Sánchez Mera. Hacía usufructuaria vitalicia de la herencia a su esposa, doña Palmira, legaba diversos bienes a sus dos hijos, los legitimarios Francisca y Fausto, al tiempo que instituía heredero a este último. En concreto, lega a don Fausto la participación que corresponde en la casa que habita- Figueiras- DIRECCION003, NUM006, de Santiago - con el terreno que la rodea y todo cuanto se encuentra dentro de ellos; la casa número NUM005 de DIRECCION000 en Santiago; así como las leiras denominadas " DIRECCION001 ", " DIRECCION004 o DIRECCION005 y " DIRECCION002 ". A Francisca le deja en legado la participación que al testador corresponde en la " DIRECCION006 ", y el solar en Pardaces de Arriba, en la parroquia de la Peregrina. Manifestaba también en el testamento haber satisfecho, con dinero prestado por Fausto, a su hija Francisca el préstamo que había contraído con ella para arreglo de su morada.

El mismo día, ante el mismo notario, pero con el número de protocolo anterior, el 3.067, don Matías y su esposa doña Palmira donan con dispensa de colación a Fausto, que acepta, la nuda propiedad de la casa en que habitan. También con dispensa de colación dona don Matías a su hijo, que acepta, la finca rústica privativa número NUM007 del plano general de concentración parcelaria de Santa María de Figueiras.

La hoy actora y recurrente en casación, doña Francisca, solicitó el día 11 de febrero de 2008 la partición de la herencia ante el juzgado de primera instancia número tres de Santiago, que archiva el procedimiento por auto firme el siguiente día tres de abril tras constatar que "existe una distribución por parte del testador de todo su patrimonio, de forma que la división judicial pretendida por doña Francisca carece de sentido, y ello sin perjuicio de otras acciones que sí puede entablar la demandante si se cree perjudicada en su legítima..."

Así lo hizo y formuló la demanda que da lugar al caso que nos ocupa. Acumula eventualmente la actora, por razones objetivas y subjetivas, una acción principal de complemento de su legítima, cifrada en la mitad de los dos tercios del haber computable, con inclusión y adjudicación a su favor de algunos bienes no dispuestos singularmente en el testamento (adición de lo omitido en la partición testamentaria), y, si no bastara, se solicita, en primer término, la reducción de legados; en segundo término, si tampoco fuera suficiente, la reducción de la donación de la casa-morada del causante; y, en último término, si siguiera sin ser bastante con lo anterior, el pago en metálico de la diferencia.

La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda: su legítima asciende a la mitad de las dos terceras partes del haber hereditario del causante al que se adicionará el valor de los bienes donados al tiempo de la donación y se completará, en primer término, adjudicando a doña Francisca los bienes no dispuestos singularmente en testamento; en segundo término, reduciendo los legados válidos; y, en su caso,



se complementará la legítima en metálico. La sentencia, sin embargo, no accede a la pretensión de reducción de donaciones por inoficiosas y limita la reducción de los legados a los válidos; y no lo es, explica la sentencia, el relativo a la casa donde habitaba el testador porque el legatario era ya donatario y dueño de la casa por donación del propio testador y esposa (artículos 866 y 878 del Código Civil).

Don Fausto interpone recurso de apelación en el que no cuestiona, como es lógico, la desestimación de las pretensiones referidas. A este recurso se opone en tiempo y forma la parte actora que se convierte en simple apelada al pedir la íntegra confirmación de la sentencia de primera instancia.

La sentencia dictada en segunda instancia revoca en parte la anterior en cuanto declara, por un lado, que la legítima de doña Francisca asciende sólo a la mitad de un tercio del haber hereditario del causante; y por otro, que no procede el pago en metálico.

SEGUNDO : doña Francisca recurre en casación este pronunciamiento revocatorio y lo hace - entendemos - de manera poco coherente porque nos solicita, con la revocación de la dictada en segunda instancia, la estimación íntegra de la demanda y subsidiariamente, la confirmación íntegra de la sentencia de primer grado que, como sabemos, no estimó la reducción de las donaciones y matizó qué legados habían de ser reducidos. Ahora bien, lo expuesto con anterioridad ya nos señala los límites del recurso que se nos presenta: sólo puede comprender los pronunciamientos revocatorios contenidos en la sentencia de segunda instancia por cuanto la hoy recurrente se conformó con las decisiones desestimatorias de la sentencia de primera instancia desde el instante en que no impugnó la resolución apelada en lo que le hubiera resultado desfavorable de acuerdo con lo establecido en el artículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino que pidió expresamente su confirmación al oponerse al recurso de apelación. En concreto, dio por buena la desestimación de la pretensión relativa a la reducción de las donaciones, a la matización acerca de que sólo se pueden reducir los legados válidos y eficaces, y al momento en que debe ser referida la valoración de los bienes, asuntos que ya, en consecuencia, no podemos volver a analizar y tanto más cuanto que se trata de materias de derecho disponible y no necesario. En primer lugar, porque equivaldría a ignorar la doctrina relativa a los propios actos procesales considerados vinculantes en virtud de los principios de confianza y buena fe en el tráfico jurídico, como nos recuerda, con alusión a otras muchas, la sentencia del T.S. de 26 de julio de 2000 citada por la del TSJG 33/2006, de 24 de octubre en su fundamento jurídico cuarto , o la 24/2011, de 27 de julio en su fundamento segundo. En segundo lugar, y más importante, porque lo contrario supondría hacer caso omiso de la firmeza de los pronunciamientos consentidos por las partes, con vulneración del efecto de cosa juzgada formal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO : otra cuestión de carácter general que debemos considerar para alcanzar una decisión justa en Derecho es la referida a la norma aplicable a las cuestiones debatidas. La sentencia de primera instancia indica, dadas la fechas, que se debe aplicar la Ley de derecho civil de Galicia de 1995, vigente tanto en el momento de apertura de la sucesión como en el momento de la partición, dado que los bienes hereditarios se distribuyeron por el testador en el testamento, como ya constató el auto judicial de tres de abril de 2008 que archivó la demanda de partición hereditaria sin perjuicio de la adición de algunos bienes omitidos en los términos del artículo 1.079 del Código Civil , lo que presupone la existencia y validez de la partición testamentaria que, a su vez, opera en general como presupuesto básico de la acción de complemento de la legítima, tal y como nos enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 , pues sin conocer el quantum o montante que a cada heredero forzoso toca en la herencia en concepto de legítima no es posible conocer si se le ha adjudicado menos de lo que le corresponde, lo que implica la previa práctica de las operaciones particionales pues, en definitiva, la legítima es una cuota de activo líquido. Pero incluso podemos dar un paso más y afirmar que, dada la distinción entre heredero y legitimario - artículo 815 del Código Civil y 14, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria - existiendo un único heredero, don Fausto , no es precisa en este caso la partición en sentido estricto, pues el instituido heredero cumple con entregar el legado de cosa cierta y determinada para pago de la legítima de su hermana en función de lo establecido en el artículo 858 del Código Civil , sin perjuicio de que se deban efectuar las operaciones de inventario, avalúo y liquidación para computar el valor de la legítima y compararlo con el del bien legado en los términos de los artículos 147 y 148 de la Ley de derecho civil de Galicia de 1995 .

Hemos de compartir el criterio que sostiene la resolución de primera instancia en cuanto aplica al caso la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, con su sistema de fuentes, por cuanto la disposición transitoria cuarta de este texto legal se remite, para resolver los problemas de derecho transitorio, a los principios que informan el derecho intertemporal del Código Civil cuya disposición transitoria duodécima es taxativa cuando impone que los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior y que la herencia de los fallecidos después se adjudicará y repartirá con arreglo al Código y esta regla, por ser especial, se aplica con preferencia a cualquier otra norma transitoria ya que, por lo demás, no hace sino recoger para un caso concreto el principio general de la regla



primera según el cual la existencia del supuesto de hecho -nacimiento, muerte, contrato, propiedad, etc. - su validez o nulidad y su calificación jurídica se regulan, en general, por la ley vigente en el momento en que haya acaecido, perfeccionado o completado y esto es así porque el artículo 657 del Código nos indica que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y de manera congruente este principio general se reitera en el artículo 9.8 del C.C. : es el momento del fallecimiento el determinante de la ley aplicable. La regla cuarta, también general, en su inciso primero nos indica que los términos y extensión de las acciones y derechos nacidos y no ejercitados es el que deriva de la legislación precedente y esto es lógica consecuencia de la validez de la fuente de estas acciones y derechos pregonada en la transitoria primera de manera que el contenido material, sustantivo, del derecho hereditario se rige por la ley anterior siempre y cuando no contravenga principios de orden público de la nueva regulación.

En todo caso la voluntad del testador se erige en ley de la sucesión, de acuerdo con los artículos 658 y 675 del Código Civil por remisión del artículo 3.1 de la LDCG de 1995 .

Sin embargo, en el plano adjetivo, para el ejercicio de la actio ad complementum y de las acciones de reducción ejercitadas, derivadas de la facultad de los legitimarios de obtener su legítima, entra en juego el inciso segundo de la disposición transitoria cuarta al ordenar que su ejercicio, duración y procedimiento se ha de ajustar a la nueva regulación; esto es, que los aspectos formales, temporales y procedimentales se rigen por la nueva ley, por la vigente al tiempo de hacerlas valer, siempre y cuando esas acciones estuvieran aún vivas, no prescritas o caducadas, ya cuando se ejercitan, por haber subsistido de conformidad con su inciso primero: se ejercita lo que existe, no lo ya fenecido. A la misma conclusión llegamos si analizamos las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de derecho Civil de Galicia de 6 de junio de 2006. Por eso, porque se ejercita lo ya nacido, y como la acción de complemento nace bajo la vigencia de la LDCG de 1995 se ejercitará conforme a su naturaleza y garantías que la acompañan según la citada norma sin que se extiendan a ella los aspectos formales y procedimentales de la nueva regulación. Sobre estas cuestiones hemos seguido la doctrina sentada en nuestras sentencias de 30 de junio de 2004 , 26 de marzo de 2009 y 30 de septiembre de 2011 .

Los hechos esenciales narrados y las consideraciones generales expuestas, nos permiten examinar los motivos casacionales que se nos proponen.

CUARTO : El primer motivo denuncia la infracción del artículo 146.1 de la Ley de derecho civil de Galicia y su jurisprudencia por cuanto la sentencia recurrida califica la legítima como "pars bonorum" al amparo del artículo 806 del Código Civil y no como "pars valoris bonorum", lo que impide, según afirma, el pago del complemento en metálico extra hereditario, razón por la cual la Audiencia no concede esta pretensión subsidiaria.

La Audiencia, con referencia exclusiva al artículo 806 del Código Civil , concluye en el apartado c) de su fundamento segundo, que, conceptuada la legítima como "pars bonorum", no es posible su pago en metálico extra hereditario porque esto equivaldría, además, - afirma - a reducir el valor de lo donado y ya sabemos que la donación no se ha reducido.

Dos son, pues, las razones que nos ofrece la sentencia ahora recurrida para rechazar el complemento en metálico, si necesario fuera, tal y como se han presentado, de manera eventual, las pretensiones en la demanda: la naturaleza de la legítima y el límite de responsabilidad del heredero.

Analicemos la primera razón, que, adelantamos, no podemos compartir. Es lo cierto que la legislación y su interpretación jurisprudencial vienen evolucionando con carácter general hacia la concesión de una mayor libertad al testador para disponer de sus bienes, y así, por un lado, se amplía el título dispositivo, al distinguir entre los conceptos de heredero y legitimario, lo que, si ya resultaba visible en el artículo 815 del Código Civil , lo es aún más en la dicción del artículo 149 del la LDCG de 1995 o en su artículo 146.1 cuando se refiere a los segundos como parientes del causante y a su cónyuge viudo o en sus artículos 134 y 155 cuando distingue entre sucesores y legitimarios y, en la misma senda, los artículos 238 y 240 de la nueva LDCG ; por otro, esa libertad se hace extensiva poco a poco al origen de los bienes con los que se puede pagar la legítima y así, mientras en el Código Civil la posibilidad de pagar con metálico extra hereditario es excepcional, tal y como se desprende de los artículos 841, 1.056, etc., en la LDCG de 1995 se amplía en función de la voluntad del testador o de las necesidades derivadas del derecho de labrar y poseer, artículos 130.6 y 149.1-a), pese a la enfática declaración de su párrafo primero, hasta el extremo de que en la partija conjunta a que se refiere el artículo 158.2, se permite el pago de la legítima con bienes de un solo causante, y en la actual LDCG , sus artículos 246.1, 248 y 251.3 conceden esta facultad incluso a los herederos.

A la vista de lo anterior, se comprende que la calificación de la legítima en la LDCG de 1995 como "pars bonorum", "pars valoris bonorum" o "pars valoris", con no ser pacífica en la doctrina sin que sea este el lugar de analizar la cuestión, no nos ofrece las claves para solventar la cuestión suscitada que, ya se ha expuesto, vienen dadas por lo establecido en los artículos 130.6 y 149.1-a) de la mentada norma .



Si esto es así, como creemos que es, no podemos compartir la idea de la sentencia de la Audiencia Provincial porque, incluso aunque se conceptuara la legítima como "pars bonorum" nada impide la posibilidad de pagar la legítima con bienes extra hereditarios en los casos mencionados, y por la misma razón tampoco participamos de la idea de la demanda cuando pretende, eventualmente, una condena al pago en metálico, porque no nos encontramos en ninguno de los casos previstos legalmente y baste con recordar la norma general del artículo 149: "se satisfará necesariamente en bienes de la herencia", aunque se conceda al deudor (el heredero es sucesor de la voluntad del testador), en determinados supuestos, la facultad de librarse de la obligación entregando un objeto distinto, que no está "in obligatione" sino "in solutione", de modo que la sustitución de la prestación originaria por otra diversa, extinguiendo el derecho, no viene atribuida en exclusiva al acreedor, que no puede así ni exigirla ni por ende, imponerla a través de una sentencia.

Pensemos, por lo demás, que, al venir constituida la legítima como el derecho a una cuota de activo líquido, siempre habrá bienes hereditarios con que satisfacerla, pues de otra manera no podríamos hablar de activo y si el heredero deudor hubiere defraudado este derecho, siempre quedaría, cuando menos, la reipersecutoriedad derivada de la afección a la que se refiere el artículo 151 de la LDCG de 1995 .

El segundo de los argumentos ofrecidos por la sentencia de la Audiencia relativo a que el pago en metálico implicaría la reducción, no aceptada, de lo donado, supone analizar la responsabilidad del heredero deudor. Ya hemos indicado que no es un problema de responsabilidad sino de deuda, del objeto de la prestación.

El motivo, pues, se desestima.

QUINTO : El segundo y el tercero de los motivos de casación denuncian la infracción de los artículos 146.2 y 148 de la LDCG de 1995 en relación con el artículo 808.1 del Código Civil por haber desconocido que la legítima de los hijos son dos tercios del haber hereditario y hallarnos ante una mejora tácita con cita de los artículos 828 y 825 del Código Civil .

No hay duda alguna de que el montante de la legítima de los hijos en su conjunto venía siendo las dos terceras partes del haber hereditario, pero no así la legítima estricta individual que venía siendo conformada por una porción, en función del número de hijos, de la tercera parte de la herencia, pues el testador podía disponer el tercio de mejora entre los hijos, según su voluntad. De aquí que se haya entendido sin fisuras que la legítima es la porción no libremente distribuible, ni susceptible de mejora, y que, por consiguiente, conserva su tradicional característica de ser objeto de división igualitaria. En otras palabras, y como bien se indica en la oposición al recurso, si el tercio de mejora es legítima frente a los extraños pero no lo es, sino de libre disposición, entre los hijos, la acción de complemento se ha de ceñir a su legítima estricta con escrupuloso respeto en lo demás a la voluntad del testador que es la ley que rige la sucesión y que no tiene más límite, entre los hijos, que el respeto a la legítima estricta Así nos lo enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 , con cita de otras muchas, en su fundamento jurídico cuarto: "...y sólo entonces...será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global en que lo hacen los actores, ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta".

Sentado lo anterior y conforme a lo establecido en el artículo 828 del Código Civil , es claro que el testador sólo ha querido dejar a su hija doña Francisca lo legado, que se ha de imputar necesariamente a su legítima estricta. En cambio, a su hermano don Fausto , instituido heredero, aquello en que los legados a su favor superen su legítima estricta, se han de imputar a mejora porque precisamente el título más frecuente de mejora es el legado y lo legado se recibe además de lo recibido vía cualidad de heredero, sin que, en este caso, haya terceros de modo que, más allá de la legítima estricta, el testador puede disponer por el título que considere oportuno a favor del heredero instituido. Estamos, pues, ante un caso prototípico de mejora tácita no prohibida por texto legal alguno en que el testador designa heredero a un hijo y le lega bienes, mientras que a la otra sólo le otorga un legado sin expresar en qué concepto se lo atribuye.

Para el cálculo de la legítima, tal como se desprende del artículo 147.3 de la LDCG de 1995 y de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010 , 24 de enero de 2008 , 14 de diciembre de 2005 , etc., se toma el valor del relictum y el valor del donatum (de todas las donaciones, sin excepción), pero en tanto en cuanto la donación a favor de don Fausto es no colacionable (artículos 818 y 1.036 del Código Civil), a la hora de la imputación y pago queda fuera de la masa partible igualitariamente entre los herederos forzosos de modo que el donatario no recibe de menos lo anticipado, y así, ordenar la no colación de una donación dispuesta a favor de un heredero forzoso, instituido como tal heredero, equivale a declarar expresamente que esa donación se reciba además de la institución y con exclusión de los demás coherederos legítimos; es decir, con todas las características de una mejora en sentido amplio, incluido el tercio de libre disposición, porque las donaciones sólo deben respetar la legítima estricta si se interpreta el artículo 825 del Código Civil en relación con sus artículos 636, 656, 806, 808 y 823. La mejora, como fin buscado por el testador, puede calificar cualquier acto dispositivo, como la donación, el legado o la institución como heredero.



Todo lo anterior (institución, legados y donación), nos muestra la voluntad del testador - ley de la sucesión sin más límite que la imperativa legítima estricta - de discriminar entre sus hijos e incluso nos ofrece una razón de tal comportamiento relacionada con los dineros para el arreglo de su casa.

Ya sabemos además que la donación no se ha reducido por inoficiosa, luego no afecta a la legítima estricta computada del modo que se ha especificado.

Los motivos, pues, se desestiman.

SEXTO : el cuarto alega la infracción de la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia en relación con la transitoria cuarta del Código Civil y su jurisprudencia al no hacer aplicación a la acción ejercitada del plazo y forma de ejercicio recogidos en la citada norma gallega.

Esta cuestión ya ha sido respondida en el fundamento tercero de esta resolución y la cuestión debe ser desestimada por lo ya argumentado en los fundamentos precedentes. Hagamos notar simplemente que, de aplicar la Ley de 2006 en los términos analizados y con las matizaciones introducidas, la ahora recurrente carecería de legitimación en el año 2008 para instar la partición hereditaria puesto que esta facultad no la concede la Ley actual.

Tampoco podemos olvidar que las citadas disposiciones transitorias no regulan las cuestiones debatidas sino que se limitan a determinar cuáles sean las normas aplicables al caso y por lo tanto su infracción, por sí solas, no puede ser objeto del recurso de casación cuyo motivo único es la infracción de las normas sustantivas aplicables, de acuerdo con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El motivo, en consecuencia, se desestima.

SÉPTIMO : el quinto motivo denuncia la infracción de los artículos 251 , 252, en relación con los artículos 249.1 , 247 y 246 , 243 y 240, todos de la LDCG de 2006 al impedir la acción personal del legitimario contra el heredero y la responsabilidad universal de éste con su derecho de optar por pago en metálico o en especie, así como la reducción de todo lo computable para el cálculo del derecho del legitimario.

Los artículos 251 y 252 de la LDCG de 2006 regulan las acciones de reducción de disposiciones inoficiosas y establecen para su ejercicio un plazo prescriptivo de quince años, el mismo que se aplicaba con anterioridad para la acciones de complemento y de reducción de legados, conforme al artículo 1.964 del Código Civil , por su índole personal y carencia de un plazo especial. Sólo alteran la naturaleza y el plazo de la acción de reducción de donaciones que ahora es de prescripción y de quince años en lugar de ser un plazo de caducidad de cinco años.

Sucede, sin embargo, que ésta última acción ya se encontraba caducada, con posibilidad de apreciación de oficio, ya cuando entró en vigor la LDCG de 2006 y mucho más cuando se ejercitó en el año 2011, dada la fecha del fallecimiento del causante y donante, por lo que la nueva regulación no la hace renacer, como hemos expuesto con anterioridad en el fundamento tercero.

Los demás preceptos citados tampoco resultan aplicables puesto que a las cuestiones sustantivas es aplicable la ley de 1995, como se ha expuesto y así lo ha entendido la propia recurrente que cita los preceptos de la mencionada Ley en otros motivos de su recurso, como se ha visto, y ahora incurre en contradicción.

Recordemos, con la Audiencia, que la pretensión de reducción de la donación no se estimó en primera instancia y este pronunciamiento ha sido consentido por la actora que no lo recurrió en apelación.

Por último, y como nos indica la parte recurrida, nos encontramos ante una mezcla heterogénea de preceptos cuya mixtión en un solo motivo no se aviene con la correcta técnica casacional. La mera formulación del motivo ya nos invita, en este momento procesal, a desestimarlo por ser inadmisibile de acuerdo con la constante jurisprudencia de este tribunal. Así, por citar las últimas, afirmábamos en nuestras sentencia 1/2012, de diez de enero y 7/2012 de 7 de febrero que es doctrina consolidada (STS 160/2009 de 17 de marzo , 184/2009 de 23 de marzo , 362/2009 de 4 de junio y STSJG 7/2007 de 7 de junio , 15/2008 de 17 de septiembre , 15/2010 de 20 de mayo , etc.) aquella que afirma la ineptitud para fundamentar un motivo de casación la cita indiscriminada de preceptos sustantivos heterogéneos y de contenido diverso, trayendo al ámbito del motivo un acervo normativo cuya heterogeneidad es contraria a la más mínima exigencia de claridad.

OCTAVO : el motivo sexto afirma la infracción, por aplicación indebida, del artículo 808.2 del Código Civil y y la jurisprudencia que lo interpreta en relación con los artículos 825 y 828 del Código Civil .

Se refiere de nuevo a la mejora tácita y además denuncia incongruencia de la sentencia. Con relación a lo primero, baste con lo ya argumentado en el fundamento quinto. Sobre lo segundo, de nuevo se nos invita a su desestimación por motivos formales. En efecto, venimos reiterando en nuestras sentencias, por ejemplo la número 14/2008 de 14 de septiembre , o la 25/2011 de 27 de julio , o la 1/2012 de 10 de enero que



"constituye inobservancia de las reglas de interposición del recurso, como ya decíamos, en la STSJG de 16 de febrero de 2006 , que se hacía eco y citaba abundantes resoluciones del Tribunal Supremo, la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, o el confusionismo en su exposición, que pueden venir dados por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos, por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho (ahora ajenas al recurso de casación y propias de motivos del extraordinario por infracción procesal), u otras procesales y de derecho en un mismo motivo. No pueden, pues, en un motivo de infracción procesal plantearse cuestiones sustantivas propias del recurso de casación (véase también auto del TS de 2 de julio de 2002, recurso 710/2002) ni a la inversa (auto del TS de 21 de enero de 2006) pues el alcance y significado de uno y otros son bien diferentes." Véanse también las sentencias del T. S. de 17 de octubre de 2006 y 30 de junio de 2008).

NO VENO : se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se acuerda la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, de acuerdo con lo establecido en el apartado noveno la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Desestimando el recurso de casación presentado por el procurador Sr. Pardo de vera y López en nombre y representación de doña Francisca contra la sentencia dictada el día quince de marzo de 2011 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, con sede en Santiago de Compostela, en el rollo número 96/2010 a que esta alzada se contrae, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

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