



Roj: **STSJ GAL 9659/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:9659**

Id Cendoj: **15030310012014100057**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2014**

Nº de Recurso: **16/2014**

Nº de Resolución: **56/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00056/2014

s E N T E N C I a

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sala de lo Civil y Penal

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Pablo Saavedra Rodríguez

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don José Antonio Ballester Pascual.

A Coruña, dieciocho de noviembre de dos mil catorce.

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 **16/2014**, interpuesto, en nombre y representación de doña Camila , por el procurador don Juan Antonio Garrido Pardo, con la dirección letrada de don Miguel Angel Lamela Méndez, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el 3 de febrero de 2014, en el rollo número 650/2013 , conociendo en segunda instancia de los autos de Procedimiento Ordinario número 492/2012, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lalín (Pontevedra), sobre reclamación de cantidad, siendo recurridos don Luis Alberto y doña Encarna , representados por la procuradora doña María Angeles González González y asistidos por el letrado don José Luis Fernández Pedreira.

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

Antecedentes de hecho

Primero .- Don Luis Alberto y doña Encarna , aquí recurridos interpusieron con fecha de registro de 3 de octubre de 2012 demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Lalín, contra doña Camila , en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que "condene a doña Camila a constituir sendas fianzas por importe de 30.435,55 euros cada una (o el que en su caso resulte de la prueba que se practique) en garantía de los derechos legítimos de mis mandantes, don Luis Alberto y a doña Encarna , en la herencia de su padre, don Anton , todo ello con expresa imposición de costas".



Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, contestaron a la demanda con fecha de 21 de diciembre de 2012, y en la que suplican se dicte sentencia por la que "se estima la excepción procesal de inadecuación de procedimiento planteado con imposición de costas a los actores, o subsidiariamente, en su día se dicte sentencia por la que entrando en el fondo de la cuestión debatida, se desestime íntegramente la demanda y se absuelva mi representada de las pretensiones de la misma, con expresa imposición de costas a los demandantes".

Segundo.- Se convocó a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar el día 25 de marzo de 2013. El juicio se celebró el 13 de junio de 2013, practicándose los medios de prueba propuestos y admitidos, quedando los autos conclusos para sentencia, la cual fue dictada el 25 de septiembre de 2013 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Que desestimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Fernández Ramos, en nombre y representación de Luis Alberto y Encarna, asistidos por el letrado Sr. Fernández Pedreira, contra Camila que fue representada por el Procurador Sr. Cean Garrido y asistida por el letrado Sr. Ramón González debo absolver y absuelvo a Camila de todas las pretensiones objeto de este procedimiento. Todo ello con expresa imposición de cotas a la parte demandante".

Tercero.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. El 3 de febrero de 2014 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con el siguiente fallo:

"Que estimamos parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de don Luis Alberto y doña Encarna y en su consecuencia revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Lalín y en su lugar estimamos parcialmente la demanda, condenando a la demandada a prestar fianza en cualquiera de sus formas admitidas en Derecho, en la cuantía de 26.714,63 euros a favor de cada uno de los demandantes, sin pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias".

Cuarto - La parte demandada interpuso con fecha 1 de abril de 2014 recurso de casación para ante esta Sala, que seguidamente se analizará, el cual fue admitido a trámite por auto de 10 de junio de 2014, habiéndose efectuado alegaciones de oposición al recurso por la parte recurrida en escrito de 15 de julio siguiente. Por providencia de 4 de septiembre de 2014 se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 23 de septiembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Para llegar a una cabal composición del problema sometido a nuestra consideración parece prudente narrar los hitos que, en lo que interesan, abocan a la demanda y que se encuentran debidamente documentados. El causante, don Anton, cuya vecindad civil gallega no se discute, falleció el día dos de abril de 2002, habiendo otorgado último testamento, abierto, el día tres de marzo de 1988. Legó a su esposa, doña Camila, hoy demandada y recurrente, el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, con relevación de inventario y fianza. Legó a su hijo Francisco la participación y derechos que le corresponden en la casa en que habitaba con sus accesorios y terrenos adjuntos con sus muebles y semovientes con la obligación de sufragar los gastos de entierro y funeral. Por último, instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos, Francisco, Marí Luz y Isidro. Estos dos últimos demandan a su madre, con acumulación subjetiva de acciones, el día tres de octubre de 2012 para que preste sendas fianzas por importe de treinta mil cuatrocientos treinta y cinco euros con cincuenta y cinco euros cada una (30.435,55 €) en garantía de sus derechos legitimarios. La sentencia de primera instancia desestima las pretensiones al entender que no hay un inventario ni un avalúo de los bienes relictos que permitan una correcta fijación de la legítima. La dictada en grado de apelación estima la demanda, si bien reduce el importe de las garantías, por asumir la presencia de un peligro para las legítimas como consecuencia de la conducta de la viuda en cuanto en un expediente de concentración parcelaria presenta como propios unos bienes y hace suyos ochenta millones de pesetas recibidos como justiprecio de una expropiación forzosa de bienes gananciales sin explicación alguna para los legitimarios.

SEGUNDO: La parte recurrente interpone su recurso de casación por la vía del interés casacional con cita expresa de lo establecido en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que sobre el particular no existe doctrina de este Tribunal. En su escrito de oposición - artículo 485 de la L.E.C. - la parte recurrida denuncia la vía elegida y la presenta como causa de inadmisión. Es cierto que el proceso ha cursado por los trámites del juicio ordinario en función de la cuantía y no de la materia (artículos 249.2 y 251.12ª de la L.E.C.), luego el cauce adecuado, en tanto en cuanto la cuantía es indiferente por no existir "summa gravaminis" de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, es el previsto en el artículo 477.2.2º de la ley adjetiva, de modo que basta con citar los preceptos sustantivos que se consideran vulnerados con la argumentación pertinente al caso en los términos de su



artículo 481.1, como ha sucedido, sin perjuicio de lo que se argumente más adelante, por lo que, siguiendo una añeja y consolidada doctrina de este Tribunal, este motivo de inadmisión ha de ser desestimado. En cambio, si el recurso hubiera debido seguir la vía del interés casacional y no se hubiera hecho, sería inadmisibile. La doctrina sobre este particular puede verse en nuestras sentencias 37/2006, de 17 de noviembre ; 8/2010, de 12 de marzo ; 5/2011, de 4 de febrero ; de 24 de enero y 10 de febrero de 2006 , y las de 17 de noviembre y 18 de septiembre de 2012 , así como en los Autos de este Tribunal de 17 de septiembre de 2013 y 22 de julio de 2011, que se remiten a su vez a numerosas resoluciones del Tribunal Supremo y a las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre y 4 de octubre de 2004 o la de 17 de enero de 2005 .

Notemos: la reforma operada en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 37/2011 de 10 de octubre carece de incidencia en la casación civil gallega ante la no exigencia de "summa gravaminis".

Por meras razones sistemáticas, en tanto en cuanto las causas de inadmisión en este momento procesal lo son de desestimación, las dos restantes se analizarán con el examen de cada uno de los motivos casacionales planteados.

TERCERO: El primero de los motivos de casación, al amparo del artículo 473.3, en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 121.1 y 2 de la ley de derecho civil de Galicia de 1995 , "aplicable -según se lee- para resolver las cuestiones objeto del proceso".

El motivo, en realidad, se divide en dos: "el injusto de considerar como válido para el cálculo de la fianza un inventario elaborado de forma unilateral por los dos herederos, sin la aquiescencia del otro legitimario, no llamado al proceso, y de la propia usufructuaria"; y, dar por "acreditada la existencia de un riesgo para las legítimas en base a meras suposiciones sobre la actuación de la usufructuaria, carentes de respaldo probatorio alguno".

Este segundo argumento debe ser rechazado de plano en cuanto confunde el motivo casacional (artículo 477.1 de la L.E.C .) con otro de infracción procesal (artículo 469.1.4º de la L.E.C .) en la medida en que se dirige a cuestionar un mero dato de hecho como es la presencia de riesgo para los derechos legitimarios que haga precisa la medida de salvaguarda y así se afirma y reitera que no es "aceptable que , la falta de prueba de un determinado hecho, o la discrepancia entre los actores y el otro coheredero... tengan el alcance suficiente para prejuzgar sobre la existencia de un peligro real para la integridad de la legítima de los actores...los alegatos de la demanda relativos a los supuestos actos de la viuda determinantes de la acción ejercitada no se acreditaron... en conclusión, en el supuesto que nos ocupa no ha resultado probado que la demandada se extralimitara en el ejercicio de sus derecho".

Se comprende, como bien nos indica la parte recurrida en sus motivos de inadmisión, la improsperabilidad del alegato en tanto en cuanto denuncia la inaplicación de un precepto sustantivo a partir de la alteración, a conveniencia propia, de los hechos probados de modo que, además de convertir un motivo de casación en otro de infracción procesal, hace supuesto de la cuestión para argumentar la indebida aplicación del precepto por la supuesta carencia del sustrato fáctico en el que se apoya.(Véase el fundamento jurídico quinto de la STSJG número 42/2014, de 6 de octubre , por citar alguna reciente en la que se compendia, con cita de otras muchas, la bien conocida doctrina sobre el particular).

CUARTO : El primero de los argumentos del primer motivo casacional versa sobre la forma en que ha sido practicado el inventario y ciertamente tampoco podemos compartir el criterio de la parte recurrente. Veamos:

En lo que nos interesa, del conjunto de preceptos que el Código Civil dedica a la fianza y al inventario se desprende: a) que estas garantías constituyen obligaciones -cargas se dice también- legales previas al comienzo de las facultades de goce propias del usufructo una vez constituido este derecho real limitado (artículo 491 y 496 del Código Civil); b) que son obligaciones accesorias y distintas de modo que el inventario no es, a su vez, accesorio de la fianza ni constituye un instrumento al servicio de la fijación de su importe sino que se trata de garantías diferentes que pueden o no concurrir (artículos 492 y 493 del Código Civil): el inventario favorece a ambas partes, pues manifiesta el estado de los bienes, y la fianza, al nudo propietario, aunque ambas tienden al aseguramiento de las obligaciones de conservación de la forma y sustancia y de devolución del bien ajeno usufructuado (artículos 467 , 497 y 522 del Código Civil); c) que al formar el inventario la tasación de los bienes inmuebles, aunque conveniente para fijar el máximo de la fianza, no es precisa, a diferencia de lo que sucede con los muebles (artículo 491.1º del Código Civil) porque avalúo, referido al momento anterior a entrar en posesión de los bienes (STS 742/2006, de 4 de julio de 2006 en su Fj. tercero), e inventario son concepto diferentes; d) que el obligado es el usufructuario; e) que el acreedor es el nudo propietario; f) que el inventario debe efectuarse con citación de los interesados, si bien la concreta forma -judicial o extrajudicial en sus diversas posibilidades- de practicarlo no se encuentra regulada de modo que incluso puede coincidir, o no, con el que se practica en el seno de las operaciones divisorias, lo que será muy frecuente como aludíamos en un obiter dicta de la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre ; g) que la fianza puede



revestir cualquiera de las formas de aseguramiento admitidas en derecho, reales o personales o incluso la concertación de un contrato de seguro; h) que el título constitutivo del usufructo puede ser, y lo es con mucha frecuencia, un acto de última voluntad y por tanto será éste el que determine, en primer término, el contenido de la relación jurídica generada (artículos 468 y 470 del Código Civil); i) que, por tanto, si el usufructo se recibe a título de legado, salvo disposición en contra, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa, derecho o universalidad legada (artículo 885 del Código Civil y STS de 20 de octubre de 1987); y j) que esta materia viene regulada por normas dispositivas que dan primacía a la autonomía de la voluntad.

Estas reglas rigen también en general, aunque limitadas, sin perjuicio de lo dispuesto en el título constitutivo, como salvaguarda de la legítima para quienes posean la vecindad civil gallega en caso de usufructo voluntario de viudedad a tenor de lo establecido en los artículos 1.3 , 231 y 232 de la Ley de derecho civil de Galicia de 2006 ; y desde luego, en función de lo establecido en los artículos 3.1 y 121 de la LDCG de 1995 , aplicable al caso sin debate alguno dado el momento del fallecimiento del causante, según lo establecido en su disposición transitoria cuarta y en la decimosegunda del Código Civil .

QUINTO: Vistas estas cosas, se comprenderá con facilidad que no pueda prosperar la pretensión de la parte recurrente cifrada en lo "injusto de considerar como válido para el cálculo de la fianza un inventario elaborado de forma unilateral por los dos herederos, sin la aquiescencia del otro legitimario, no llamado al proceso, y de la propia usufructuaria".

1º.- En efecto, en la demanda presentada por los dos hijos, herederos y legitimarios, se acumulan, por razones subjetivas previstas en el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dos acciones para exigir a la demandada la prestación de sendas fianzas en garantía de sus respectivas cuotas hereditarias, pero desconocemos, a la vista del artículo 121.2 de la LDCG de 1995 cuya infracción se denuncia, por qué razón habría que llamar al otro hermano siendo así que, al permanecer la herencia indivisa por mor del usufructo universal que no requiere concretar ni evaluar los bienes objeto del derecho real limitado, de él nada se pretende, ni nada pretende, ni en nada afecta lo que sobre el inventario o el avalúo se decida en este proceso. No nos encontramos, pues, en el caso previsto en el artículo 1.139 del Código Civil : el hermano don Francisco no es deudor de aseguramiento alguno ni los herederos demandantes precisan actuar de forma colectiva, pues no estamos ante la exigencia del cumplimiento de una obligación mancomunada indivisible desde el lado activo -los derechos hereditarios de cada uno son independientes-, ni, obvio resulta, desde el lado pasivo, de modo que cada legitimario nudo propietario, incluso aunque la herencia permanezca indivisa, tiene acción legal para proteger su derecho exclusivo sobre la herencia, la propiedad de su cuota legitimaria. Si, pues, ni siquiera ha de ser traído al proceso, como ya se expone en el fundamento segundo de la sentencia de primera instancia desestimatoria de la excepción litisconsorcial sin que este pronunciamiento haya sido ni siquiera objeto de recurso de apelación, no se entiende la razón por la que, insistimos, conforme al artículo 121.2 de la LDCG de 1995 , haya de ser llamado para la confección por un perito agrícola de un inventario practicado a los meros y limitados efectos de demandar luego la fijación del importe de una fianza que le resulta ajena.

Si se entendiera que se esgrime de nuevo la excepción litisconsorcial, haría que indicar además, como nos señala la parte recurrida, que sería una cuestión procesal, impropia de un motivo de casación. No pueden, pues, - venimos insistiendo en nuestras sentencias, por citar alguna reciente la STSJG de 6 de octubre de 2014 - 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.

2º.- La madre y usufructuaria demandada ha podido contradecir en el seno del proceso cuanto ha considerado oportuno sobre los bienes que componen el caudal relicto de su difunto marido y sobre su valor. Ha podido también proponer y practicar cuantas pruebas haya podido considerar aptas para desvirtuar el informe pericial de valoración aportado de contrario y debemos recordar que se practicó en su momento, con su concurso, la liquidación del impuesto de sucesiones, luego no se entiende el alegato. Aún menos cuando sobre ella recae la obligación de formar el inventario, al menos desde el instante en que los herederos nudos propietarios han pedido la fianza por una cuantía determinada, sin esperar a la ejecución de sentencia, al amparo del artículo 121.1 de la LDCG , para el caso de que se optara por una interpretación que primara la voluntad real del testador -expresada en el año 1988 con arreglo al Código Civil (artículo 675 del C.C ., STS de 29 de diciembre de 1997 y todas las citadas por ella, así como la STSJG 29/2011, de 26 de septiembre en su Fj. cuarto)- sobre la norma, entonces imperativa, contenida en el artículo 121.1 de la LDCG de 1995 , que exigía en todo caso la formación de inventario, aunque si tal primacía no se acogiera, esta obligación le habría incumbido desde la apertura de la sucesión, como requisito previo para que los herederos le entregaran el goce de su legado de usufructo vitalicio universal. En cualquier caso, su flagrante incumplimiento la deslegitima, pues, para imponer la pasividad de sus acreedores ante su falta de colaboración, factor desencadenante de este pleito: no cumple y pretende, con



mala fe (artículo 7.1 del Código Civil), que los acreedores se lo consientan y ni siquiera acudan a un perito agrícola para preparar su demanda.

SEXTO: El segundo de los motivos de casación, también por la errónea vía del interés casacional, denuncia la infracción del artículo 147 de la Ley de derecho civil de Galicia 4/1995, de 24 de mayo.

El argumento consiste en poner de relieve que el fundamento quinto de la sentencia apelada parte de unos valores aproximados e indiciarios de los bienes hereditarios, por las razones que nos ofrece y que hacemos nuestras acerca de dudas sobre la identificación de determinadas fincas, reducción de tasaciones para referirlos a la fecha del fallecimiento del causante, poca información sobre las cargas, deudas o donaciones colacionables, etc. Pero, como ya hemos expuesto, una cosa es el inventario y el avalúo a efectos de fijación de la legítima global en el seno de la partición de la herencia para atribuir la cuota legitimaria de cada sucesor, a lo que se refiere el precepto de referencia y otra muy distinta, como también pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia, la práctica de tales operaciones a los limitados efectos que nos ocupan, fijar una garantía para la conservación y devolución futura de la cuota legitimaria, pero nada impide que la fianza sea inferior a la legítima de cada partícipe o que se fije de común acuerdo sobre las bases que las partes hayan tenido a bien, de modo que el precepto cuya infracción se denuncia no es aplicable al caso. En resumen, no hay normas sobre la cuantía de la fianza que asegure la inviolabilidad de la legítima y su entrega cuando concluya el usufructo: existen normas que determinan el importe de la obligación principal, pero no directamente el de su garantía, por lo que aquella, por relación, ha de ser mero referente máximo de ésta, tal y como hace la sentencia de apelación cuando la garantía no se establece en el seno de la división de la herencia, como acontece en el caso sometido a nuestra consideración.

Recordemos entonces, por analogía iuris, que el artículo 1.825 del C.C . permite la existencia de fianzas en garantía de deudas nacidas cuyo importe no sea conocido, que el artículo 1.826 propone la simple reducción de aquello en lo que la garantía exceda de la obligación principal, y que la misma solución nos ofrece la Ley de Contratos de Seguro en su artículo 31 para el caso de sobreseguro, pero la demasía o mayor onerosidad de la fianza no consta, ni se ha alegado ni se ha pedido reducción alguna del importe de la garantía, ni se citan como infringidos éstos u otros preceptos de análogo significado. En todo caso, llegado que fuere el hipotético momento de la efectividad de la garantía prestada, el principio de proscripción del enriquecimiento injusto jugaría siempre como límite.

SÉPTIMO: 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 .

PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de casación presentado por el procurador Sr. Garrido Pardo en nombre y representación de doña Camila contra la sentencia dictada el día tres de febrero de 2014 por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el rollo de apelación número 650/2013 , 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.