



Roj: **STSJ GAL 5361/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:5361**

Id Cendoj: **15030310012015100031**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2015**

Nº de Recurso: **34/2014**

Nº de Resolución: **31/2015**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00031/2015

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, treinta de junio de dos mil quince, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Pablo A. Sande García, don José Antonio Ballesteros Pascual y don Fernando Alañón Olmedo, dictó

en nombre del rey

la siguiente

s e n t e n c i a

En el recurso de casación **34/2014** interpuesto por doña Clemencia y don Fulgencio, representados por la procuradora doña Isabel Castiñeiras Fandiño y asistidos por el letrado don Manuel González López, y en el que es parte recurrida don Leandro y doña Isabel, doña Regina, don Romeo y don Vidal, y doña Bárbara, representados por la procuradora doña María del Mar Rodríguez González y asistidos por el letrado don Ismael Awad Mohamed, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 29 de julio de 2014 (rollo de apelación número 63 de 2014), como consecuencia de los autos del juicio declarativo ordinario número 66 de 2011, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Viveiro, sobre declaración de herederos y cumplimiento de condición testamentaria.

antecedentes de hecho

PRIMERO: 1. La procuradora doña Beatriz Piñón López, en nombre y representación de don Leandro y otros, mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Viveiro, formuló, el 3 de febrero de 2011, demanda de juicio declarativo ordinario a fin de que se procediera a la declaración judicial de herederos de su finada hermana y tía doña Florinda.

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia *por la que se declare como únicos y universales herederos de la finada doña Florinda, a sus hermanos de doble vínculo don Leandro, don Enrique, doña María Antonieta y Isabel, que heredarán por cabezas y a sus sobrinos don Romeo, doña Regina, don Vidal hijos de don Virgilio quienes heredarán por estirpes y a don Fulgencio y doña Clemencia como herederos del también fallecido hermano Pedro Miguel y de cuya sentencia dejo ya solicitado desde este mismo momento, se me expida testimonio, con desglose de los documentos aportados y todo ello al entender que ninguna persona ha cumplido con la condición impuesta en el último **testamento** otorgado por doña Florinda debiendo abrirse por lo tanto la sucesión intestada y todo ello con imposición de costas a quien se oponga a esta pretensión.*



2. Admitida la demanda por medio de decreto acordado el 5 de septiembre, el procurador don Constantino Prieto Vázquez, compareció en los autos (el 6 de octubre) en nombre y representación de doña Clemencia y don Fulgencio y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia *por la que se desestime la demanda con expresa imposición de costas a los demandantes*.

3. Mediante auto dictado el 24 de mayo de 2012 el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Viveiro acordó acumular -a solicitud de la parte actora- al procedimiento ordinario 66/2011 el también ordinario 106/2011 seguido en el Juzgado de igual clase número 2 de dicha localidad.

Procedimiento, el últimamente referido, en el que el procurador don Pablo Díaz Lamparte, en nombre y representación de don Carmelo y doña Violeta formuló demanda (el 17 de febrero de 2011) contra los cónyuges doña Clemencia y don Fulgencio sobre cumplimiento de condición testamentaria y en la que se solicitaba que se dictase sentencia *por la que se declare*:

1.- Como únicos herederos testamentarios de todos los bienes y derechos titularidad de la causante D^a. Florinda , a mis representados, D. Carmelo y D^a. Violeta .

2.- *Que los demandados, D. Fulgencio y Clemencia están obligados a estar y pasar por tal declaración con todas las consecuencias inherentes a la misma.*

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales al demandado que se oponga.

Demanda que, admitida por medio de decreto acordado el 25 de marzo, fue contestada el 4 de mayo en nombre y representación de los demandados por el procurador don Constantino Prieto Vázquez, quien solicitó que se dictase sentencia *por la que se desestime la demanda con expresa imposición de costas a los demandantes*. Habiéndose celebrado sin avenencia la audiencia previa establecida en el artículo 414 LEC el 8 de noviembre de 2011, mediante decreto acordado el 17 de febrero de 2012 se decidió haber lugar a la acumulación del procedimiento ordinario 106/2011 al más antiguo antes mencionado 66/2011 seguido en el Juzgado número 1, y con fecha del siguiente 10 de abril la señora Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 dictó providencia por la que acordó la suspensión del plazo para dictar sentencia. Finalmente, mediante auto dictado el 29 de junio de 2012 la señora Juez de dicho Juzgado acordó aceptar el requerimiento efectuado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de acumular los autos del procedimiento ordinario 106/2011 al proceso seguido en dicho Juzgado, procedimiento ordinario 66/2011.

4. El señor Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Viveiro dictó sentencia con fecha de 26 de marzo de 2013 , cuyo fallo es como sigue:

PRIMERO.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña Beatriz Piñón López, en nombre y representación de don Leandro , Doña Isabel , Don Enrique , Don Vidal ; y por consiguiente debo declarar y declaro que los herederos universales de Doña Florinda son sus hermanos de doble vínculo Don Leandro , Don Enrique , doña María Antonieta y Doña Isabel , que heredarán por cabezas, sus sobrinos Don Romeo , Doña Regina , Don Vidal quienes heredarán por estirpes y Don Fulgencio y Doña Clemencia como herederos del también fallecido hermano Pedro Miguel . Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Pablo Díaz Lamparte, en nombre y representación de Don Carmelo y doña Violeta , frente a Don Fulgencio y Doña Clemencia . Cada parte abonará sus costas y las comunes por la mitad.

SEGUNDO: La representación de los demandados interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia con fecha de 29 de julio de 2014 , que en su parte dispositiva dice:

Desestimamos el recurso interpuesto por la representación procesal de Fulgencio y Clemencia , así como el recurso interpuesto por la representación procesal de Carmelo contra la sentencia recurrida. Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Violeta contra la sentencia recurrida, revocándola parcialmente, de modo que no procede la declaración de Fulgencio y Clemencia como herederos de doña Florinda . No hacemos especial imposición de las costas de la alzada. Déseles a los depósitos el destino legal.

Mediante auto dictado el siguiente 1 de septiembre la Audiencia acordó que "en el párrafo inmediatamente anterior a los Antecedentes de Hecho de la sentencia de 29 de julio de 2014 debe constar "don Vidal , representado por la procuradora de los Tribunales doña Mónica Sexto Rivas y asistido por el letrado don Ismael Awad Mohamed". A su vez, en el fallo de la sentencia debe figurar "no procede la declaración de Fulgencio



y Clemencia ...". En lo demás, se mantiene la sentencia de 29 de julio de 2014 en los mismos términos en que fue dictada".

TERCERO: 1. La representación de los codemandados y coapelantes doña Clemencia y don Fulgencio , mediante escrito presentado en dicha Sección el 24 de septiembre, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 29 de julio. Por diligencia de ordenación de 25 de septiembre, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y por diligencia de ordenación de 8 de octubre acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante la que emplazó a las partes por 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 de 13 de enero de 2015 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de don Leandro y doña Isabel y don Enrique , doña Regina , don Romeo y don Vidal , y doña Bárbara , la procuradora doña María del Mar Rodríguez González formalizó escrito de impugnación del recurso el 18 de febrero.

La Sala, por providencia de 9 de marzo, señaló día, el 7 de abril, para la votación y fallo del recurso.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: 1. El recurso de casación interpuesto por doña Clemencia y don Fulgencio se sustenta en dos motivos de infracción procesal y en otros dos de estricta casación. El primero de infracción procesal denuncia, con amparo en el artículo 469.1.2º LEC , la vulneración del artículo 456.1 LEC en relación con los artículos 465 y 218, ambos de la propia LEC , y el segundo de ellos denuncia, con idéntico amparo procesal, la vulneración del artículo 448.1 LEC en relación a su vez con el artículo 218 LEC . Uno y otro de los motivos casacionales se amparan en los artículos 477.1 LEC y 2 LCG a los efectos de denunciar, en el primero de ellos, la infracción del artículo 203 LDCG/2006 y "la conceptualización de cuidar y asistir del derecho consuetudinario gallego" y, en el segundo, se denuncia la infracción del artículo 204 LDCG/2006 en relación con el artículo 798.2 CC y la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la calificación jurídica de la estipulación sucesoria en virtud de la cual se instituye o dispone bajo la condición o modo de asistir y cuidar al testador (SSTS de 9 de enero de 1928 y de 9 de mayo de 1990).

2. En realidad, el primero de los motivos de casación, no obstante su formulación, no nos indica de ninguna de las maneras en qué medida, grado o sentido pudo haber sido vulnerado el precepto que se dice infringido (en rigor, el no concretado apartado 2 del artículo 203 LDCG/2006 , inasimilable al apartado 1), como tampoco nos indica qué concepción consuetudinaria gallega del "cuidar y asistir" al testador ha sido quebrantada por la Audiencia.

Es más. El desarrollo del motivo se centra, más allá del intento de discernir en teoría la susodicha obligación de cuidar al testador de la de alimentos del contrato de vitalicio ex artículo 148.1 LDCG/2006 , en un alegato puramente fáctico, cual es el de afirmar que han prestado (doña Clemencia y don Fulgencio) "asistencia personal acorde a las circunstancias, disponibilidad, necesidades y exigencias o petición de la testadora; todo ello al margen de que tuviese visitas de otros vecinos, lo cual es lógico en el entorno rural que por escasa población se conocen los vecinos personalmente, suelen relacionarse, y porque en los últimos días de su vida estuvieron con ella hasta que lamentablemente se produjo su óbito, funerándola y asumiendo los gastos". Afirmación, por añadidura, que hace supuesto de la cuestión sin atenerse al relato histórico que indefectiblemente nos vincula y conforma al que resulta acreditado -por lo que importa y en síntesis- que los hoy recurrentes no cumplieron la condición o modo ("evento" según las sentencias de instancia) impuesto por la testadora doña Florinda (quien dispuso que instituía herederos por partes iguales a la persona, personas o entidad que la cuidasen y asistiesen hasta su fallecimiento, las cuales asimismo deberían sufragar los gastos de funeral y entierro), toda vez que durante el período de tiempo que transcurrió entre el otorgamiento de su último **testamento** el 6 de mayo de 2010, cuando contaba 90 años de edad, y su fallecimiento el día 13 del mes siguiente, "estuvo afectada por importantes limitaciones físicas que le impedían satisfacer por sí misma sus necesidades diarias básicas", siendo más que evidente -como subraya la sentencia de la Audiencia- que "los **cuidados** y asistencia requeridos por cualquier persona que se encontrase en las circunstancias" de doña Florinda (vivía sola y estaba encamada) "no quedarían colmados, ni siquiera mínimamente, con las ayudas o visitas puntuales" que doña Clemencia y don Fulgencio (entre otras personas) le prestaron, sin que por lo demás el pago de los gastos de entierro y funeral pueda considerarse suficiente para adquirir la cualidad de herederos, referida ésta al cumplimiento del "requisito" de **cuidado** y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y no a la carga de sufragar dichos gastos.



No es ajeno al importante déficit constructivo del motivo primero de supuesta casación estricta el que acompaña al segundo, en el que los recurrentes, después de efectuar determinada disquisición acerca de cómo calificar -si como condición o como modo- una estipulación como la del caso enjuiciado, se limitan a concluir que tanto los **cuidados** como la asistencia y el pago de los gastos de funeral y entierro de la testadora los "llevaron a cabo" en la medida en que doña Florinda "lo requirió y lo permitió", afirmación ésta que de nuevo no se compadece con los hechos inmodificados que -como ya adelantamos- nos vinculan, dicho sea con independencia de que igualmente el desarrollo del motivo se produce con total abstracción de los artículos que meramente se citan como infringidos, ajenos por lo demás a la cuestión jurídica debatida en las instancias, a saber, la de las disposiciones testamentarias hechas indeterminadamente o "a favor de quien cuide al testador", según expresión del innovador artículo 203.2 LDCG/2006 que se corresponde con la popular "facérle **testamento** a quien mire polo testador", pero cuestión jurídica que no es la de las disposiciones testamentarias a las que se refiere el pretendidamente infringido artículo 204 LDCG/2006, favorecedoras de personas determinadas o a favor de algún pariente bajo la condición (o modo) de que éste cuide y asista al testador o a otra u otras personas (al respecto de ello, SSTSJG 38/2002, de 9 de noviembre, y, especialmente, 15/2009, de 15 de septiembre).

SEGUNDO: No será difícil colegir de lo recién expuesto en torno a los motivos casacionales del recurso que analizamos que los mismos no debieron de ser admitidos ex artículo 483.2.2º LEC, si bien ello a lo que en este trance procesal conduce es a su desestimación (por todas, SSTSJG 11 y 21/2015, de 11 de febrero y 14 de mayo); desestimación que implica la del propio recurso al encontrarse en consecuencia huérfano de fundarse, como es inexcusable fundarlo (artículos 73.1ª LOPJ y 478.1 LEC), en alguna infracción de norma del derecho civil gallego. Infracciones, las de éste derecho, que son suficientes de por sí para que podamos conocer de un recurso de casación, ya se funde además o no en infracciones de normas de derecho civil común o procesal (si la sentencia combatida se impugna, como es el caso que nos ocupa, con amparo en los motivos recogidos en el artículo 469.1 LEC), pero infracciones unas y otras -las civiles y procesales comunes- insuficientes para someter a la decisión de la Sala un recurso a la postre únicamente fundado en ellas (así, v.gr., entre las innumerables resoluciones de la Sala, SSTSJG 3/2003, de 28 de enero, y 20/2015, de 8 de mayo, y AATSJG de 29 de junio de 2009 y de 29 de abril de 2011).

Recordaremos, en fin, por lo que hace al acusado déficit constructivo del recurso inevitablemente conducente a su fracaso que el escrito de interposición se desarrolla -según hemos tratado de poner de relieve- sin diferenciar entre lo fáctico y lo jurídico ni entre lo que es un motivo de casación, que ha de versar sobre materia jurídica sustantiva, y un motivo de infracción procesal, el que tiene por objeto cuestiones procesales como son, v.gr. las atinentes a la valoración de la prueba; sucede, pues, que tampoco se repara en la clara delimitación entre el ámbito de la casación y el de la infracción procesal (por todas, SSTSJG 12/2004, de 29 de abril, y 4/2011, de 27 de enero), y de ahí la razón última del fracaso de unos motivos casacionales -y al tiempo del recurso- que lejos de limitarse al control de la aplicación de la ley sustantiva al objeto del proceso, persisten al menos de forma implícita en incitarnos -como si la casación fuese tercera instancia- a realizar una nueva valoración de la prueba en torno a los componentes facticos del debate, y en los que sobre todo se hace supuesto de la cuestión apartándose de los hechos probados (por todas, SSTSJG 16/2007, de 28 de septiembre, y 35/2011, de 2 de noviembre), sin que se nos indique - como ya dijimos- ni mínimamente en qué medida, grado o sentido pudiesen haber sido vulnerados los preceptos de derecho civil gallego que se mencionan como infringidos (por todas, STSJG 46/2012, de 18 de diciembre).

Déficit constructivo que es común a los dos motivos casacionales que acompañan al recurso, y al que el segundo de ellos suma -como también dijimos- el planteamiento de una cuestión nueva con olvido -lo que igualmente hemos advertido en numerosas ocasiones- de que la competencia que tenemos atribuida para el conocimiento del recurso de casación (*ab initio*) recogida en el artículo 22.1 a) del Estatuto de Autonomía de Galicia) requiere que éste se funde indefectiblemente, pero no únicamente, en alguna infracción normativa civil gallega (artículos 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC, éste en línea con lo antes establecido en los artículos 1686, párrafo segundo, y 1730 LEC de 1881), aunque la casación debe inadmitirse o, si fuere admitida, desestimarse, cuando las normas sobre Derecho Civil gallego mencionadas como infringidas estuvieron sustraídas al análisis del Juzgador y de la Audiencia e implican la introducción de una cuestión ajena a la debatida en el pleito según quedó delimitada en esencia por las partes en los escritos rectores del proceso, de manera que al cabo todo lo más resistan o permanezcan infracciones de Derecho Civil o procesal común, las que *per se* -como sabemos- no consienten que conozcamos del recurso interpuesto: así lo tenemos destacado a la luz de la doctrina emanada alrededor de la causa de inadmisión contenida en el artículo 1710.1.2ª LEC de 1881, que a la letra decía *si las normas citadas no guardaran relación alguna con las cuestiones debatidas* (por todas, STSJG 22/2001, de 6 de septiembre); y doctrina que estamos manteniendo actualmente a partir de la STSJG 12/2002, de 13 de marzo, con independencia de la falta de encaje de la cuestión nueva en el repertorio de las causas de inadmisión expresamente plasmadas en el vigente artículo 483.2 LEC, toda vez que no es difícil



concluir que la prohibición de la introducción *ex novo* de una cuestión en casación subsiste en la LEC de 2000 a poco que se repare, en primer lugar, en que el recurso de casación tiene que fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las *cuestiones objeto del proceso* (artículo 477.1); en segundo lugar, en que el ámbito del necesariamente previo recurso de apelación, está constituido por los *fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia* (artículo 456.1); y, en fin, en que las sentencias deben ser *congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito (...)* (artículo 218.1) (por todos, ATSJG 19/2012, de 7 de junio)".

TERCERO: La desestimación de los motivos en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento ex artículo 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, procede su imposición ex artículos 394.1 y 398.1 LEC. Y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, procede decretar su pérdida (disposición adicional decimoquinta, punto 9, de la LOPJ).

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

f a l l a m o s

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Clemencia y don Fulgencio contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 29 de julio de 2014 (rollo de apelación número 63 de 2014), la cual confirmamos, con imposición de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvansese las actuaciones que remitió.

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