



Roj: **STSJ GAL 2088/2012 - ECLI:ES:TSJGAL:2012:2088**

Id Cendoj: **15030310012012100012**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2012**

Nº de Recurso: **38/2011**

Nº de Resolución: **11/2012**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1007/2011,**
STSJ GAL 2088/2012

T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00011/2012

T.S.J.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00011/2012

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, veintinueve de febrero de dos mil doce, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Pablo Saavedra Rodríguez y don Pablo A. Sande García, dictó

en nombre del rey

la siguiente

s e n t e n c i a número 11

En el recurso de casación 38/2011 interpuesto por don Agapito , representado por el procurador don Ramón de Uña Piñeiro y asistido por el letrado don Jesús Serén Rosal, y en el que es parte recurrida doña Belinda , representada por el procurador don José Antonio Castro Bugallo y asistida por la letrada doña Isabel Graña Graña, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 12 de abril de 2011 (rollo de apelación número 604 de 2010), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 912 de 2009, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, sobre rescisión por lesión de partición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: 1. El procurador don David Rivas Gandansegui, en nombre y representación de doña Belinda , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia Decano de Pontevedra, formuló, el 8 de septiembre de 2009, demanda de juicio ordinario contra don Agapito .

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 la rescisión por lesión de la partición practicada en su día en la escritura pública de fecha 07/11/2001, otorgada ante el Notario del Ilte. Colegio de A Coruña, don Eduardo Méndez Apenela, y que se complemente en metálico al demandante lesionado en su legítima, tal y como se*



prescribe en la cláusula Segunda de los testamentos reseñados, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

2. Admitida la demanda por medio de auto dictado el 24 de noviembre siguiente, y emplazado el demandado, el procurador don Pedro Sanjuán Fernández, compareció en los autos (el 12 de enero de 2010) en nombre y representación de don Agapito 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 imposición de costas a la actora.*

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, celebrada ésta sin avenencia el día 13 de abril, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida. El juicio se celebró el día 24 de junio.

4. El Ilmo. Señor magistrado del Juzgado de Primera Instancia número dos de Pontevedra dictó sentencia con fecha de 25 de junio de 2010, cuyo fallo es como sigue:

Que desestimo la demanda interpuesta por el procurador Sr. Rivas Gandasegui en nombre y representación de doña Belinda contra don Agapito y absuelvo a don Agapito de las pretensiones deducidas contra él.

Las costas procesales se imponen a doña Belinda .

SEGUNDO: La representación de la actora interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Tercera. de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con fecha de 12 de abril de 2011, que en su parte dispositiva dice:

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Antonio Daniel Rivas Gandasegui en nombre y representación de doña Belinda, revocar la sentencia impugnada, dictada en fecha 25 de junio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pontevedra, y estimar en parte la demanda, declarando la rescisión por lesión de la partición practicada en testamento originantes otorgados en fecha 7-11-2001, y condenando al demandado Agapito a pagar a la actora Belinda la suma de 26.830,21 euros, con aplicación de intereses legales previstos en el artículo 576 LEC, sin hacerse pronunciamiento en costas de ambas instancias.

TERCERO: 1. La representación del demandado y apelado presentó escrito el 4 de mayo de 2011 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior 12 de abril por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Esta, por diligencia de ordenación de 23 de mayo, tuvo por preparado el recurso de casación y concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. El procurador don Pedro Sanjuán Fernández, en nombre y representación de don Agapito, mediante escrito presentado en dicha Sección el 24 de junio, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 12 de abril. Por diligencia de ordenación de 29 de junio, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación y 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 el plazo 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 de 5 de octubre de 2011 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña Belinda el procurador don José Antonio Castro Bugallo formalizó escrito de impugnación del recurso el 18 de noviembre.

La Sala, por providencia de 13 de diciembre, señaló día, el pasado 31 de enero, para la votación y fallo del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El escrito de preparación del recurso de casación dice ampararse en el párrafo segundo del artículo 477.3 LEC "por vulneración de los artículos 181 a 308" de la LDCG/2006. Sucede, pues, por un lado, que la parte recurrente invoca como presupuesto de recurribilidad el interés casacional, pero el caso es que no nos encontramos ante un asunto tramitado por razón de la materia, sino de la cuantía, en el que la inexistencia de *summa gravaminis* ex artículo 2.2/LCG2005 hace ocioso suscitar si la resolución del recurso presenta interés casacional (por todos, AATSJG de 10 de mayo de 2006, 7 de abril de 2008 y 27 de enero de 2011). Sin embargo, esta Sala viene estimando en aras a la tutela judicial efectiva por lo que hace a los asuntos tramitados en razón a la cuantía que el recurso ha de tenerse por preparado, a pesar de la invocación del interés casacional, siempre que se observen los requisitos para su acceso a través del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, esto es,



excepción hecha de la inexistente *summa gravaminis*, que se indique ex artículo 479.3 LEC "la infracción legal que se considera cometida" (cfr. los precitados autos y las SSTSJG 22/2009, de 27 de noviembre, y 8/2010, de 12 de marzo, en línea, v.gr. con la STS 1193/2008, de 11 de diciembre). Requisito éste que es el único que resulta de aplicación al recurso que nos ocupa, pero que no podemos convenir que concurre dado que la cita generalizada e indiscriminada de todos los preceptos (181 a 308) del Título X ("de la sucesión por causa de muerte") de la LDCG/2006 choca con la necesidad de delimitar en el escrito de preparación la materia objeto de debate (por todas, SSTSJG 23/2002, de 24 de junio, y 12/2007, de 29 de junio). El recurso, pues, no debió de tenerse por preparado ex artículo 480.1 LEC, y después debió de haberse inadmitido ex artículo 483.2.1º in fine LEC, convirtiéndose ahora ésta causa de inadmisión en causa de desestimación (por todas, STSJG 12/2000, de 13 de marzo).

SEGUNDO: La defectuosa construcción del recurso afecta además, y muy acusadamente, al escrito de interposición, que se sostiene en tres motivos: el primero denuncia la infracción del artículo 1056 CC junto con la del artículo 273 LDCG/2006; el segundo, la de los artículos 158.1 LDCG/1995, y 247 LDCG/2006; y el tercero, la del artículo 1076 CC. Y es que, por un lado, la recurrente silenció en el escrito de preparación del recurso las infracciones de los artículos del CC que ahora, en el de interposición, menciona; omisión absoluta que, como advertimos tempranamente (por todas, STSJG 18/2002, de 22 de abril) y también el Tribunal Supremo (ATS de 28 de noviembre de 2006), no es subsanable a través del escrito de interposición al entrañar un incumplimiento del requisito esencial contenido en el artículo 479.3 LEC respecto a la necesidad de delimitar en el escrito de preparación, como sabemos, la materia objeto de debate mediante la indicación de la correspondiente infracción legal. En este sentido, el recurso, si bien se tuvo por preparado por la Audiencia ex artículo 480.1 LEC, pudo haber sido inadmitido por esta Sala ex artículo 483.2.2º LEC, y en último término desestimarse es lo que procede por transformación de la causa de inadmisión (por todas, STSJG 4/2011, de 27 de enero).

Por otro lado, la infracción del artículo 273 LDCG/2006, a la que se contrae la del motivo primero junto con la del artículo 1056 CC, sería inatendible *ab initio* al no indicarse ni mínimamente en qué medida, grado o sentido pudo haber sido vulnerado (por todas, STSJG 17/2011, de 30 de mayo), limitándose la recurrente a confrontar sentencias del Tribunal Supremo en orden a los requisitos para entender realizada la partición por el testador ex artículo 1056 CC, precepto novedosa y por lo mismo incorrectamente introducido en el escrito de interposición, y desde luego precepto inasimilable al artículo 273 LDCG/2006 a poco que se repare en el trascendental extremo de que en éste se diferencia la propia partición de la que no lo es por ser parcial o ser asignación de bienes y derechos, que a su vez puede ser partición parcial sino es norma vinculante para la partición.

Y, en fin, las otras normas gallegas citadas como infringidas, las de los artículos 158.1 LDCG/1995 y 247 LDCG/2006, implican el planteamiento de una cuestión nueva en casación por la recurrente, en un principio demandada y después apelada, que ni por asomo suscitó en sus escritos rectores la inviabilidad de la acción de rescisión por lesión ejercitada en la demanda como si la precedente fuese la de complemento de la legítima; cuestión nueva, acerca de cuya interdicción en casación en más de una ocasión nos hemos referido con la doctrina reflejada a partir de la STSJG 12/2001 de 13 de marzo, y de la que últimamente damos cuenta en la STSJG 27/2011, de 12 de septiembre: "... 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 resistan o permanezcan infracciones de Derecho Civil o procesal común, las que *per se* no consienten que conozcamos del recurso interpuesto: igualmente 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 12/2001, 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)".

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,

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Agapito contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 12 de abril de 2011 (rollo de apelación número 604 de 2010), 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ