



Roj: **STSJ GAL 5168/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:5168**

Id Cendoj: **15030310012014100017**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2014**

Nº de Recurso: **28/2013**

Nº de Resolución: **26/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00026/2014

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 Juan José Reigosa González

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo Saavedra Rodríguez

Don José Antonio Ballester Pascual.

A Coruña, trece de mayo 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 28/2013, interpuesto, en nombre y representación de don Ángel Jesús , por la procuradora doña Adela Enríquez Lolo, con la dirección letrada de don José Luis Pena Fernández, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el 20 de mayo de 2013, en el rollo número 894/2012 , conociendo en segunda instancia de los autos de Procedimiento Ordinario número 245/2011, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cangas do Morrazo (Pontevedra), sobre reclamación de otorgamiento de escritura pública, siendo recurrida doña Susana , representada por la procuradora doña Concepción Pérez García y asistida por el letrado don Antonio Rodríguez Fernández.

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

Antecedentes de hecho

Primero .- El aquí recurrente interpuso con fecha de registro de 25 de mayo de 2011 demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Decano de Cangas, contra doña Susana y doña Bernarda , en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia "por la que se condene a dichas demandadas, a cumplir el acuerdo de fecha doce de julio y, en consecuencia al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, todo ello con expresa condena al pago íntegro de las costas de este juicio."



Admitida a trámite la demanda y emplazadas las demandadas, se celebró el pertinente juicio en el que estos se opusieron a aquella solicitando su desestimación con imposición de costas. En dicho juicio se practicaron las pruebas declaradas pertinentes de las solicitadas por las partes, con el resultado que obra en las actuaciones. El día 19 de junio de 2012 se celebró la vista del juicio, se practicó la prueba propuesta a excepción del interrogatorio del demandante al que se renunció por las partes que lo habían propuesto, efectuadas las conclusiones quedan los autos vistos para sentencia, la cual fue dictada el 21 de junio de 2012 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Se desestima la demanda interpuesta por Ángel Jesús , representado por la procuradora de los tribunales Sra. Enríquez Lolo. Se imponen las costas procesales a la actora"

Segundo.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. El 20 de mayo de 2013 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia con el siguiente fallo:

"Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia impugnada; todo ello con expresa imposición al actor recurrente de las costas procesales de la presente alzada".

Tercero .- La parte demandante interpuso con fecha 3 de septiembre de 2013 recurso de casación y de infracción procesal que fundamentó en cuatro motivos, cada uno, para ante esta Sala, que seguidamente se analizarán, el cual fue admitido a trámite por auto de 22 de noviembre de 2013, habiéndose efectuado alegaciones de oposición al recurso por la parte recurrida en escrito de 2 de enero siguiente. Por providencia de 21 de enero se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 25 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: No obstante la argumentación que se utilice en esta sentencia para analizar cada uno de los motivos que se nos plantean, hemos de indicar que el recurso de casación, cuya admisión sustenta la de los motivos de infracción procesal a la vista de lo establecido en la Disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la constante doctrina de este Tribunal, se nos ha presentado de forma farragosa, reiterativa y, sobre todo, errónea a través del cauce procesal del artículo 477.2.3º de la Ley de ritos , el interés casacional, tal y como puede leerse en el ordinal III del apartado del recurso titulado "Requisitos procesales": "El proceso en el que se dicta la sentencia que se recurre es juicio ordinario, por lo que la vía casacional adecuada es la del artículo 477.2.3º L.E.C ., por INTERÉS CASACIONAL". El énfasis es de la parte recurrente. Olvida, por una parte, que la demanda rectora del procedimiento por ella misma presentada solicita y argumenta (ordinal V de sus fundamentos de derecho) que el asunto cursa por los trámites del juicio ordinario en razón de la cuantía, indeterminada según indica, con cita expresa del artículo 248 y, sobre todo, del 249.2 de la Ley adjetiva, habiendo sido aceptado en el fundamento cuarto de la resolución firme que la admite a trámite ; y, por otra, que el interés casacional, en los recursos de competencia de esta Sala, se reserva a aquellos cuyo procedimiento se determina por la materia, dada la inexistencia "de summa gravaminis" según lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley de 25 de abril de 2005 reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, a diferencia de lo que sucede con lo establecido en el vigente artículo 477.2.3º de la L.E.C . De cualquier manera, dada la cualidad inestimable de la cuantía, bajo ningún concepto podría ampararse el recurso en tal precepto por la vía del interés casacional, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular (Véase su acuerdo, seguido sin fisuras por autos y sentencias, de 30 de diciembre de 2011 que reitera en este punto por el anterior de 12 de diciembre de 2000, admitido por el Tribunal Constitucional).

A pesar de este manifiesto error conceptual, este tribunal viene admitiendo a trámite el recurso de casación, imprescindible a su vez para poder admitir los motivos de infracción procesal, en la medida en que reúna los requisitos exigidos por el artículo 481 de la L.E.C : los fundamentos del motivo con cita de la norma sustantiva infringida cuya vulneración se erige como único motivo del recurso a tenor de su artículo 477.1. De este modo, la cita de sentencias no es sino el complemento adecuado e índice de contraste de la correcta exégesis de la norma cuya vulneración se alega, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil y 2.2 de la vigente Ley de derecho civil de Galicia. (SSTSJG 37/06, de 17 de noviembre , 8/2010, de 12 de marzo , 33/2012, de 18 de septiembre y las resoluciones en las que se apoyan). Esto es lo sucedido, como veremos a continuación y por eso no hemos inadmitido "ab limine" el motivo.

SEGUNDO: Con carácter general, venimos emitiendo asimismo de manera constante y reiterada un conjunto de precisiones sobre los supuestos de inadmisibilidad de los diferentes motivos: la confusión de motivos casaciones con los de infracción procesal de modo que se nos presenten unos por otros; la acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada; la falta de claridad expositiva para individualizar el problema jurídico planteado; o el olvido del concreto motivo en que se basa , ya sea la cita del precepto sustantivo o de aquellos del artículo 469.1 en los que se incardina la infracción procesal alegada. Por



todas, citemos el fundamento jurídico primero de la STSJG 14/2012, de 29 de marzo y todas aquellas otras resoluciones en que se apoya y que no es necesario copiar porque repetir no es motivar. Recordemos de nuevo sobre estos pormenores el apartado IV del acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 , sobre criterios de admisión de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Reiteramos asimismo (Véase, por ejemplo, el fundamento jurídico primero de nuestra sentencia 17/2014, de 11 de marzo y todas las citadas por ella) que la valoración de la prueba sólo es admisible, por vía del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en aquellos supuestos excepcionales en los que exista una norma jurídica de valoración y haya sido infringida con conclusiones contrarias a la lógica, a los conocimientos científicos o a comunes reglas de experiencia, de modo que la racionalidad legal se vea sustituida por la arbitrariedad, el voluntarismo o el capricho (artículo 9.3 de la Constitución Española).

Por lo demás, el interés casacional, situación jurídica de incertidumbre en que la sentencia perjudicial recurrida ha colocado al recurrente como consecuencia de ausencia de jurisprudencia o contradicción con la interpretación dominante y que, más allá del interés particular, justifica el recurso en aras de la unificación hermenéutica y del principio de seguridad jurídica, se aplica sólo a la infracción de norma sustantiva, de modo que no viene al caso, con la vigente regulación, cuando de motivos de infracción procesal se trata.

TERCERO: El primer motivo de infracción procesal versa sobre la infracción del artículo 24 de la Constitución Española por vulneración de los artículos 150.1 , 151 , 152 , 154 y 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se argumenta que el auto de siete de marzo de 2012 no fue notificado a las partes y se la privó de la facultad procesal de recurrirlo y de proponer prueba relativa a los extremos decididos por la resolución no notificada. Bastaba la cita del primero de los preceptos. No se pone en duda la falta de notificación formal, pero de aquí no se deduce la estimación del motivo.

La resolución de referencia, inducida también porque la parte actora no había presentado de forma completa la sentencia acompañada como documento número tres con la demanda, decidía sobre dos cuestiones procesales -cosa juzgada y preclusión de alegaciones- suscitadas en la audiencia previa por la parte demandante a la vista de las contestaciones a la demanda de las dos demandadas: estima parcialmente la primera y desestima la segunda. Así, se entiende que en sentencias firmes anteriores se resolvió sobre la inexistencia de vicios del consentimiento y falta de causa en la conclusión del documento privado de 12 de julio de 2008, pero no sobre el asunto de las apartaciones sucesorias ni sobre la liquidación de los bienes gananciales que habían quedado fuera del objeto del proceso previo, ceñido al cumplimiento de una sola de las cláusulas del meritado contrato privado. Por la misma razón se desestima la cuestión relativa a la preclusión de alegaciones.

Las controversias, las cuestiones que han de resolverse para decidir sobre las pretensiones deducidas en la demanda y defensas opuestas se circunscriben así a aquellas que habían quedado ya fijadas en el acta de la audiencia previa celebrada con anterioridad, el día 26 de enero de 2012 como se indica en el fundamento quinto de la sentencia de la Audiencia ahora recurrida y esas cuestiones son analizadas en la sentencia de primera instancia sin asomo de incongruencia.

No consta que la parte actora efectuara ninguna protesta ni salvedad a este acuerdo de la Sra. Juez de Primera Instancia tomado en la audiencia previa, coincidente plenamente con su decisión posterior, y así no acabamos de entender cómo la parte demandante permitió la prosecución del procedimiento sin haber dilucidado antes su objeto. Resulta, pues, evidente, que no denunció en la instancia el defecto procesal pudiendo haberlo hecho: debió pedir, es evidente, la suspensión del curso del proceso en tanto desconociera la relevante decisión judicial que nos ocupa, pero no lo hizo. La conclusión es clara: se aquietó al no cumplir con lo preceptuado en el artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ni denunció la infracción ni pidió su subsanación.

Pero es que además no se le ha producido indefensión alguna. Como ya pone de relieve la sentencia recurrida, cuyos argumentos en esta cuestión hacemos nuestros, no cabía contra el auto de referencia otro recurso que el de reposición puesto que no era definitivo, sin que, en contra de lo afirmado por la recurrente, en dicho trámite se hubiera podido proponer prueba alguna (artículos 207.1 , 451 , 452 y 453, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El auto resolutorio de la reposición no es recurrible, salvo que (artículo 454 de la citada norma) el asunto se reproduzca al apelar la resolución definitiva, la sentencia en este caso, tal y como ha hecho la parte demandante sin que, pese a su afirmación, haya propuesto prueba sobre el particular en segunda instancia y se comprende porque estas excepciones, cosa juzgada y preclusión de alegaciones, son eminentemente jurídicas y se deducen de la comparación de las sentencias anteriores con las pretensiones actuales de forma que no se comprende la utilidad de la prueba de interrogatorio de parte a la que se alude. Así pues, en primera y segunda instancias ha obtenido tres resoluciones idénticas sobre lo mismo, dos escritas, además del acuerdo adoptado verbalmente y consignado en el acta de la audiencia previa, luego se le ha prestado una tutela judicial efectiva y concreta con la debida contradicción, aunque no le haya resultado favorable. En efecto, ya en la audiencia



previa la demandante presentó estas cuestiones procesales para buscar la ineficacia de los argumentos de la contestación y en parte lo consiguió. Más adelante se vuelen a tener en cuenta en el auto de siete de marzo de 2012 así como en el fundamento quinto de la sentencia ahora recurrida. En consecuencia, la denunciada falta del acto de comunicación en modo alguno ha privado a la parte de los medios que el Ordenamiento pone a su alcance para poder ejercitar sus derechos ante los tribunales: ni se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, ni a la doble instancia, aunque en el orden civil sea de configuración legal, ni al ejercicio de la contradicción mediante las alegaciones y pruebas pertinentes para que sus excepciones fueran analizadas. Por eso, existe, sin duda, una mera irregularidad procesal, pero no aquella otra generadora de indefensión material y ajena al comportamiento procesal de la parte, tal y como imponen el artículo 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y viene exigiendo la jurisprudencia para declarar vulnerado el artículo 24 de la Constitución Española, como se pretende.

Recordemos con el Tribunal Constitucional que "la noción de indefensión constitucional relevante es de índole material y no exclusivamente formal (por todas, SSTC 163/1990 y 8/1991) (ATC 325/1997) de modo que "no existe lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando ésta es debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que las representan o defienden" (STC 112/1993 ; 364/1993 ; 158/1994), sin que las omisiones o falta de diligencia de una de las partes pueda proyectarse, una vez terminado el proceso, en las demás partes en él intervinientes a quienes también alcanzan -y no sólo a la actora- las garantías del art. 24 C.E ." (STC 262/1994). Así pues, "la lesión de los derechos reconocidos en el art. 24 C.E ., se produce únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos (STC 70/1984); o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 194/1987 , 155/1988 , 43/1989 , 123/1989 , 145/1990 , 196/1990 , 154/1991 , 366/1993 , 18/1995 y 9/1997 , entre otras)" (STC 59/1998 , f.j. 2º).

El motivo, pues, se desestima.

CUARTO: Se denuncia la infracción de los artículos 429 , 132 , 134 y 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Gira el motivo en torno a la providencia de 14 de febrero de 2012 por la que se ordena dar traslado de cierta documentación a las partes demandadas para que si lo desean puedan realizar alegaciones o presentar documentación complementaria. Visto el conjunto de artículos que se citan y la falta de concreción sobre qué párrafo del artículo 429 de la L.E.C . es el vulnerado, parece que el motivo se basa en la infracción del principio de preclusión que impone la realización de actos procesales en el momento previsto legalmente, ni antes ni después, para la ordenada tramitación del proceso, pues si así no fuera estaríamos en presencia de un motivo confuso abocado sin más a su inadmisión, ahora, desestimación.

Contextualicemos el motivo con lo acaecido en la audiencia previa para percatarnos de su sinrazón. La representación de la codemandada, doña Susana , presenta la escritura pública de compraventa de 28 de enero de 2008 con un doble propósito: por un lado, demostrar la aceptación por el actor, su hermano don Ángel Jesús , de la partición de la herencia efectuada por su madre, de donde se inferiría su actuación en contravención de sus propios actos al firmar la nueva partición de 12 de julio de 2008; y, por otro, que su elevación a público sería imposible porque determinados bienes comprendidos en este documento privado habían sido enajenados en la referida escritura pública de 28 de enero de 2008. Admitida como prueba esta escritura, sobre lo que luego volveremos, para cerciorarse de esta última alegación y recibido el exhorto enviado al Juzgado de Primera Instancia número tres de Cangas para conocer el texto completo de la demanda rectora del juicio previo, el número 220/08, ante los argumentos en contra de estas pruebas esgrimidos por la demandante, la Sra. Jueza, a instancia de la propia actora, da un plazo de un mes para que las partes, todas, presenten cuantos documentos estimen convenientes sobre la propiedad de los bienes. La parte actora se apresura a cumplir y con escrito fechado el uno de febrero de 2012, presentado al día siguiente, acompaña diversa documentación. Una vez que se recibe el exhorto, la providencia ahora de nuevo cuestionada -ya fue recurrida en reposición y luego al apelar de la sentencia- no hace sino dar traslado a las demandadas de la documentación para dar cumplimiento a los principios de contradicción y defensa conforme exige el artículo 289 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Reparemos en que es la propia parte actora la que pide un plazo para presentar prueba sobre el documento presentado de contrario. Siendo así, como es, no se comprende desde la buena fe el motivo que ahora se nos presenta, salvo que se quiera cercenar a las demandadas los derechos procesales que para sí reclama la parte actora. Pero sucede más, esa providencia resultó intrascendente porque, como resalta la Audiencia, las partes demandadas nada alegaron ni aportaron, luego con dificultad pudieron presentar un documento o alegación con vulneración del principio de preclusión.

Pensemos también en la intrascendencia jurídica del documento público a los efectos que fue presentado: ni una sola alusión se hace en las sentencias a la propiedad de los bienes por la sencilla razón de que la inclusión en la partición de bienes ajenos se resuelve por vía de evicción (artículo 1.069 del Código Civil), cuestión



completamente ajena al objeto de este proceso y porque, como indicaremos en nuestros fundamentos octavo y noveno, la contradicción con los propios actos afecta a todas las partes en cuanto la partición de 2008 altera la de 2007, luego está claro que la escritura pública de compraventa nada sustancial aporta, pero al abuso de derecho nos referiremos más adelante al tratar las cuestiones sustantivas.

Por último, debemos indicar que, según la casuística, los documentos se pueden presentar en momentos muy diferentes, hasta el día de la vista o juicio, salvo que procedan diligencias finales, conforme se establece en el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma especial aplicable con preferencia a las generales citadas como infringidas. Notemos que el juicio se programó para el día 19 de junio de 2012.

QUINTO: El tercero de los motivos de infracción procesal denuncia la infracción de los artículos 265, 269, 270 y 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contiene argumentos contrarios a la admisión en la audiencia previa de la escritura pública de compraventa de 28 de enero de 2008 basados en los preceptos de referencia. Pero se olvidan tres cuestiones esenciales: la primera, que este documento, como ya se ha dicho, fue presentado por la codemandada doña Susana, que no fue parte en el mismo, por lo que bien hubiera podido pedir su exhibición a la parte actora, su hermano, o a la otra codemandada, su madre, en los términos del artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que ninguna norma impida que lo hubiera solicitado en la audiencia previa; la segunda, que, aunque hubiera razones para pensar que tuviera un cabal conocimiento de la existencia de dicho documento en el momento de contestar la demanda puesto que ya alegaba en el hecho tercero de su contestación que dos bienes del lote segundo no son propiedad de ninguno de los otorgantes de la partición de 12 de junio de 2008, y aunque no resulte, por tanto, de aplicación el artículo 270-1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es lo cierto que el argumento relativo a la contravención de los propios actos no se contiene en ninguna de las contestaciones a la demanda por lo que se trata, procesalmente, de una alegación complementaria y por lo tanto el documento en que pretende apoyarse se debe admitir en los términos del artículo 426.5 de la L.E.C.; y tercera, que el documento en cuestión, como la alegación que sustenta, resulta intrascendente en términos sustantivos para la resolución del pleito, como se ha enunciado antes y se analizará en los motivos casacionales.

No se trata, por tanto de aquellos documentos, básicos para apoyar la pretensión, a los que se refiere el artículo 265.1.2º de la Ley adjetiva, como se pretende.

El motivo, pues, se desestima.

SEXTO: Aun suponiendo que el motivo de infracción procesal, porque no se nos dice de forma expresa, se incardine en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser estimado. Reflejamos el fundamento cuarto de nuestra sentencia 40/2011, de 29 de noviembre: "Para decidir sobre el motivo de infracción procesal relativo a la vulneración de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, baste decir que sólo sería admisible, por vía de lo establecido en el ordinal cuarto del apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución- y nunca (...) por el cauce de los ordinales segundo o tercero del mentado precepto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Reproducimos al efecto el fundamento séptimo de la STS 798/2010, de 10 de diciembre:

"Esta Sala ha declarado que las normas sobre costas no pueden ser invocadas el recurso extraordinario por infracción procesal (AATS de 5 de octubre de 2010, RCIP 2131/2009, 14 de septiembre de 2010, RCIP 1833/2009, STS de 10 de febrero de 2010, RCIP 1975/2005). A este respecto se ha reiterado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario y es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 LEC, lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Esta razón es bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes a la imposición de costas, ni siquiera para el control de la aplicación del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, temeridad o buena fe (SSTS de 7 de abril de 2006, RC 2804/1999, 16 de mayo de 2008, RC 530/2001, 6 de febrero de 2007, RC 941/2000). Corroboramos esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el artículo 397 LEC, sin mención del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que significa que solo se contempla la impugnación en materia de imposición de costas en recurso de apelación.

Al recurso extraordinario por infracción procesal no pueden traerse las cuestiones sobre costas cuando se trata de la apreciación de la Audiencia Provincial sobre la existencia de dudas de hecho o de derecho, siempre que la apreciación no sea arbitraria ya que supondría una mera apariencia de justicia contraria al derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 CE, y se haya motivado adecuadamente pues de otro modo no se respetaría



el requisito de motivación de las decisiones judiciales con vulneración del derecho a una resolución fundada en Derecho, que también constituye una de las facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia el motivo incurre en la causa de no-admisión del artículo 473.2.1º, LEC , en relación con el artículo 469.1 LEC , que en este momento procesal es causa de desestimación y que es apreciable de oficio, sin que obste el que en su día se hubiera admitido el motivo habida cuenta el carácter provisorio del auto de admisión respecto de la sentencia definitiva (SSTS de 17 de mayo de 2002 , RC n.º 3882/1996 , 1 de febrero de 2007, RC n.º 711/2000 , 13 de febrero de 2009, RC n.º 2/2001)."

Nótese que las sentencias de primera instancia y apelación son coincidentes en la desestimación plena de la demanda en cuanto acogen el mismo motivo de nulidad del pacto sucesorio por las mismas y bien conocidas razones jurídicas que vienen de lejos, apoyadas en unos sencillos hechos de fácil contraste a partir de documentos públicos, y privados. Por lo demás, la sentencia dictada en grado de apelación y cuya impugnación nos ocupa dedica su fundamento octavo a motivar la razón de la imposición en función del criterio del vencimiento sin que se encuentren razones para su atenuación en el caso que nos ocupa.

El motivo, pues, se desestima.

SÉPTIMO: Según la atípica metodología de la parte recurrente, el recurso de casación, a través de "una especie de interés casacional", abarca cuatro cuestiones que "pertenecen a la ratio decidendi de la sentencia y que justifican la casación: la falta de efecto negativo de la cosa juzgada derivada (...); la falta de reconvencción expresa de las demandadas respecto de los motivos aducidos en sus respectivos escritos de oposición; la posibilidad de elevar a público unos acuerdos documentados privadamente; y la infracción de normas de derecho civil de Galicia por posibilidad de elevar a público un acuerdo de distribución de caudal hereditario, interviniendo todos los interesados (...) documentado privadamente en el que se contengan cuestiones mixtas tanto de naturaleza particional como otras".

Ante todo hemos de significar, como ya anunciamos en nuestro fundamento segundo, que no se pueden presentar como motivos de casación supuestos vicios "in procedendo" de la sentencia que han de hacerse valer a través de los correspondientes motivos de infracción procesal.

A tal categoría corresponde desde luego el atinente a la cosa juzgada puesto que el error en su apreciación constituiría un defecto de la sentencia de apelación que es la recurrida en cuanto habría desconocido los efectos propios de otra sentencia anterior y en tal sentido hemos de indicar que esta materia se encuentra regulada en la Sección segunda - de los requisitos internos de la sentencia y sus efectos - del Capítulo VIII del título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que se debe hacer valer por la vía del artículo 469.1.2º: infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, pero nunca como infracción de norma sustantiva aplicable al caso, único motivo de casación a tenor del artículo 477.1 de la citada norma. Véanse SSTSJG números 17/2013, de dos de mayo , y 7/2013, de 27 de febrero , por citar algunas reciente. En consecuencia, tampoco es estimable la denunciada infracción de preclusión de alegaciones.

Y esto con independencia, como apunta la Audiencia en el párrafo cuarto del fundamento séptimo de la sentencia recurrida, de que las sentencias recaídas en el pleito anterior hayan acertado en no analizar la cuestión relativa a los defectos de forma de la apartación y limitarse a examinar las estipulaciones referidas a la obligación de entregar determinadas cantidades dinerarias, porque las cláusulas se interpretan unas con otras y constituyen un todo inescindible encaminado a lograr la igualdad de los herederos y las contraprestaciones de la apartación, que es un negocio oneroso. Pero este proceder no ha perjudicado a don Ángel Jesús y en todo caso esta cuestión de las aportaciones dinerarias queda al margen de este pleito.

La falta de reconvencción al formular las causas de nulidad alegadas en las contestaciones a la demanda supone un vicio "in procedendo": se trataría de un defecto procedimental incardinable en el artículo 469.1.3º de la Ley adjetiva puesto que se denuncia, de forma descontextualizada en el escrito de interposición del recurso, la infracción del artículo 406.1.3, al que ni siquiera se hizo mención expresa en el acto de la audiencia previa ni en el escrito de uno de marzo de 2012 (folio 188). Se olvida además último inciso de este precepto cuando afirma que en ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal, cual sucede en el caso.

OCTAVO: Procede ahora examinar la denunciada vulneración de los preceptos sustantivos aplicados al caso: los artículos 209 y 211 de la Ley de derecho civil de Galicia y los del Código Civil atinentes a la forma de los contratos, porque si incluimos en el motivo también los de carácter general o los referidos a su interpretación o a su fuerza obligatoria o a su nulidad, como se pretende con la retahíla expresa de sus artículos 1.088 , 1.091 , 1.225 , 1.254 , 1.257 , 1.261 , 1.278 , 1.279 , 1.281 , 1.282 , 1.283 , 1.300 , 1.309 , 1.311 y 1.313 , nos encontraríamos ante un escollo insalvable conforme a lo expuesto en nuestro fundamento segundo: amalgama confusa en solo motivo de preceptos genéricos, heterogéneos, y no desarrollados en muchos



casos, tal y como sucede incluso con el referente a la causa del contrato, apenas apuntado en el motivo pero no desarrollado porque se insiste en que nos encontramos ante una simple partición. Pero veamos.

Don Fabio falleció en Vigo el día 11 de agosto de 2004, tras haber otorgado testamento abierto el día uno de julio anterior. En el documento notarial de 12 de julio de 2007, bajo el título "Adjudicación particional de herencia en ejercicio de la facultad de mejorar" la viuda del causante, doña Bernarda, legataria y usufructuaria universal, como comisaria con facultades de distribución de bienes e incluso de mejorar, hace las correspondientes "adjudicaciones -leemos en la cláusula segunda- de bienes gananciales que se expresan a continuación; se refieren a cada uno de los bienes citados por entero, toda vez que no se efectúa liquidación de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de la computación del correspondiente valor en una u otra herencia y también sin perjuicio del usufructo universal de viudedad que corresponde a la compareciente sobre la totalidad de los bienes, cuyo usufructo conserva, y de su derecho o participación en la disuelta sociedad de gananciales, por lo que el presente documento particional tendrá eficacia traslativa al fallecimiento de la otorgante en tanto no lo hubiese revocado en todo o en parte".

En el exponendo II de dicha escritura podemos leer: "Que en el ejercicio de la facultad de mejorar delegada por el causante en la cláusula tercera de su testamento antes transcrita, distribuye los bienes del otorgante junto con los suyos propios con expresa mejora a favor del hijo que resulte favorecido por las adjudicaciones, cuyas disposiciones formaliza mediante acto particional inter vivos conforme a lo dispuesto en la Ley de derecho civil de Galicia de 1995, así como en el artículo 831 del Código Civil vigentes al momento de la apertura de la sucesión y conforme a lo dispuesto en la Ley de derecho civil de Galicia de fecha veintinueve de junio de dos mil seis, vigente a la realización el presente acto particional." Aunque no se cite, se tiene en cuenta, obvio es, el contenido del artículo 141 de la Ley de derecho civil de Galicia de 1995. Quedan fuera los bienes ya legados en testamento. Mejora de forma neta a su hija Susana y así asevera que a su hijo Ángel Jesús le queda "ampliamente satisfecha su legítima estricta".

Más allá de que efectivamente la partición haya de sujetarse a las normas vigentes en el momento en que se practica conforme hemos afirmado en el fundamento jurídico segundo de nuestra sentencia 17/2012, de 24 de abril con cita de otras anteriores, es lo cierto que nos encontramos ante un negocio jurídico unilateral por el que la viuda del causante parte, distribuye y mejora a uno de los hijos comunes, pero sucede que, pese a que se trata de un negocio inter vivos, está sujeto a un plazo suspensivo puesto que su eficacia atributiva, que es la propia de la partición (artículo 1.068 del Código Civil), se difiere a la muerte de la viuda, doña Bernarda, de modo que la herencia permanece, aún hoy y según parece, indivisa y no por voluntad del causante (artículo 1.051 del C.C.).

El documento privado firmado por las partes en Moaña el día 12 de julio de 2008 contiene en primer término la partición contractual de la herencia del padre y esposo de los contendientes. En este sentido estamos en el supuesto de un documento privado hecho expresamente para alterar lo pactado en la meritada escritura pública de 12 de julio de 2007. Se trataría de un negocio jurídico perfectamente legítimo y eficaz, en principio y no obstante argumentos posteriores, entre las partes a tenor de lo establecido en el artículo 1.230 del Código Civil y así lo expresan las partes en su primera estipulación: "Todos los comparecientes expresamente manifiestan que la presente partición anula y deja sin efecto la realizada por doña Bernarda el día 12 de junio de 2007..." Su finalidad era doble: por un lado, dejar sin efecto la mejora a favor de doña Susana y propiciar la inmediata recepción de la herencia sin plazo suspensivo, cuando se afirma: "reconociendo expresamente todos los comparecientes que la voluntad del causante era dejar igualados a sus herederos y que estos recibieran su herencia en el plazo más breve posible..." Recordemos que en la cláusula segunda el testador instituye herederos a partes iguales a sus dos hijos. A tal efecto se agrupan los bienes en dos lotes que se adjudican a cada uno de los hermanos.

Ya hemos expuesto que la viuda y madre partía también sus bienes, incluida su cuota en los gananciales, por lo que en este nuevo documento privado, en segundo término, de nuevo dispone de sus bienes y lo hace expresamente en concepto de "anticipo y apartamiento sucesorio", como podemos leer en la estipulación segunda.

Conviene ahora, para el cabal conocimiento del asunto, reproducir lo acordado en la cláusula cuarta a cuyo tenor "doña Bernarda se compromete en este acto a realizar cuantas escrituras y documentos públicos o privados sean precisos para hacer efectivo el apartamiento sucesorio y la adjudicación de herencia, así como testamento en el que se plasme (sic) las adjudicaciones que resulten de este testamento en cuanto sea necesario, asumiendo los gastos, costes e impuestos que se deriven de ellos". Y la quinta: " A su vez Ángel Jesús se compromete a desistir de la demanda judicial entablada frente a las otras comparecientes en el momento en que se produzca la pública elevación del presente documento y los bienes adjudicados se encuentren inscritos a su nombre".



No hay duda, pues, de que, además del acto particional referido a la herencia paterna, nos encontramos ante un pacto sucesorio no sólo porque así se afirme expresamente en el documento sino porque no cabe otra calificación si la madre adjudica con efectos intervivos e inmediatos sus bienes a favor de sus herederos forzosos (artículos 209.2º y 224 de la LDCG de 2006).

Estamos así ante un negocio atípico, unitario pero complejo (SSTS 428/2012, de 10 de julio , y 294/2102, de 24 de mayo, etc.) por fusión de dos típicos -partición y apartación- entre cuyos elementos heterogéneos constitutivos existe una "soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando sus elementos componentes", por usar palabras de la añeja pero expresiva sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1941 . Así, junto a la naturaleza atributiva de la partición, observamos el carácter dispositivo del apartamiento, pero ambos se conectan de forma plena e inescindible por la finalidad económica perseguida y a la que ya se ha hecho mención -trato igualitario de los hermanos e inmediata entrega de los bienes- de tal manera que no puede calificarse el negocio aislando unas cláusulas de otras sino que el fenómeno en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que hay que calificar el contenido esencial del marco contractual a los efectos de aplicar las principales consecuencias jurídicas que puedan derivarse: incumplimiento, resolución, nulidad, etc..

Se plantea entonces el problema de establecer las reglas imperativas aplicables a este contrato complejo porque don Ángel Jesús , en la demanda rectora de estos autos, solicita que se condene a las demandadas a cumplir el contrato y, en su consecuencia, al otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Se oponen las demandadas aduciendo, en lo que ahora importa, la nulidad del pacto sucesorio por no constar en escritura pública como exige el artículo 211 de la Ley de derecho civil de Galicia .

Las sentencias dictadas en ambas instancias coinciden en desestimar la pretensión a la vista de que la forma de los pactos sucesorios no es, en contra de la regla general establecida por los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil "ad probationem", sino "ad solemnitatem" como sucede en determinados supuestos que excepcionan la regla general no sólo en el derecho común -hipotecas, censos, capitulaciones matrimoniales, donaciones de inmuebles, etc.- sino en el propio de Galicia, cual es el caso.

Los artículos 135 y 156 de la Ley de derecho civil de Galicia de 1995 , imponían con redundancia la escritura pública como instrumento formal de la apartación. Esta imposición añade una limitación específica a la regla general de libertad de forma, según la cual de cualquier forma que una persona quiera obligarse queda obligada, establecida en los ya citados artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil . Esta misma limitación es la que se contiene ahora en el vigente artículo 211 que remarca, además, la sanción de nulidad absoluta por si no fuera suficiente con la dicción del artículo 6.3 del Código Civil : lo nulo o inexistente no produce efecto alguno, ni siquiera, por tanto, el de obligarse a elevar a público. En estos casos "la forma - decíamos en STSJG número 40/2011, de 29 de noviembre -, es requisito "ad solemnitatem" y no "ad probationem", afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio *dat esse rei, ...*, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación".

Se trata de un precepto de carácter imperativo, aplicable a todos los pactos sucesorios propios del derecho civil de Galicia, al que sin duda y por simples razones competenciales (artículo 149.1.8ª de la C.E.) se refieren los artículos 181.2ª y 209 LDCG cuando aluden a "los pactos sucesorios admisibles conforme a derecho", estén incluidos o no en el Capítulo III del Título X de la LDCG. Así pues, en primer lugar, no se puede admitir una costumbre "contra legem", visto el artículo 1.2 de la LDCG ; en segundo lugar, la libertad de contratación encuentra su límite en la ley imperativa o prohibitiva, definitoria del orden público (artículo 1.255 del Código Civil); y, por último, la norma especialmente referida a los pactos sucesorios debe ser, precisamente por su especialidad, de aplicación preferente a la que regula con carácter general el requisito de forma de los contratos.

La Ponencia emanada de la Sección Sexta, sobre sucesiones, en el seno del III Congreso de Derecho Gallego, celebrado en A Coruña en el mes de noviembre de 2002, en el ámbito de las disposiciones generales de los pactos sucesorios, se expresó en estos términos: "Forma. Se considera necesaria una norma en la que de modo directo se disponga que los pactos habrán de ser otorgados en escritura pública".

Esta opinión coincide con la que ya venía sosteniendo la denominada "Comisión Superior para el Estudio del desenvolvimiento del Derecho Civil de Galicia". A fin de eliminar descuidos de redacción y superar cierta descoordinación ya desde el denominado "primer borrador" hasta la propuesta del texto de la Ley entregada al gobierno de Galicia en abril de 2001, redacta el artículo 211 con la versión que luego aparecería, sin modificación alguna, como definitiva, y cuya sencillez gramatical no deja lugar dudas según el aforismo "*in claris non fit interpretatio*".



Pero la razón de esta prohibición tampoco es difícil de argumentar si tenemos en cuenta, de una parte, que el ámbito familiar - campo habitual de los pactos sucesorios- facilita, según las reglas de experiencia, la conclusión de negocios anómalos - simulados, fraudulentos, fiduciarios, o indirectos- que pueden causar graves daños no sólo a las expectativas de otros familiares sino a los derechos de terceros, e incluso al orden público, sin olvidar la importante limitación a la libertad de testar del apartante, o la renuncia de derechos que implica para el apartado (artículo 224 de la LDCG), de modo que se comprende la nítida voluntad del legislador de proteger la seguridad jurídica y, por el contrario, de dotar de certidumbre a las relaciones jurídicas privadas, en línea con los artículos 1.219 y 1.230 del Código Civil .

Si, pues, se permitiera que un pacto sucesorio no se formalizara en escritura pública bajo el argumento de aparecer conexo con otro de manera no disgregable, no sólo se dejaría sin sanción la elusión de norma imperativa, límite de la libertad de contratación (artículo 1.255 del Código Civil) en virtud de la cual se permiten contratos atípicos, con grave merma de los valores que el Ordenamiento Jurídico, como se ha expuesto, busca preservar, sino que, además, en el presente caso, se dejaría de atender una de las causas esenciales querida por las partes que es la apartación, con la inmediata entrega de todos los bienes, porque si sólo se hubiera querido una nueva partición igualitaria hubiera bastado bien con suspender sus efectos tal y como se hizo en la partición por comisario realizada ante notario el día doce de julio de 2007, bien con referir sólo la eficacia inmediata a la partición de la herencia paterna. En resumen, la función negocial buscada por las partes, sobre la base de una apartación fundida con una partición unitaria, no autoriza a prescindir del requisito imperativo de forma.

Recordemos que el Tribunal Supremo viene insistiendo "hasta la saciedad en que la calificación y la interpretación de los contratos es función propia de la instancia, a la que se reserva en tanto no resulte ilógica, absurda o ilegal (cfr. SSTs 16-12- 2001 , 3-11-2003 , 28-10-2003 , 25-6-2004 , y 24-2-2005 , entre otras muchas), y que, por lo tanto, el examen o la revisión de su resultado no puede servir para fundamentar la casación de la sentencia impugnada.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

NOVENO: El último motivo de casación gira en torno a la impugnación de la aplicación en la sentencia recurrida del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, pero ni siquiera se cita el precepto positivo del que tal principio se induce - artículo 7 del Código Civil - y no se tiene en cuenta que la sentencia recurrida es la dictada en grado de apelación que, más allá de la mención efectuada en su fundamento quinto, en momento alguno se apoya en este argumento -le basta con el de carencia de forma esencial- por lo que con dificultad ahora podemos decidir esta cuestión. Se trata de un argumento intrascendente.

Por lo demás, también la codemandada doña Bernarda habría incurrido en tal contradicción puesto que firmó el documento privado con plena libertad e incluso doña Susana puesto que conocía y había aceptado perfectamente tanto la favorable adjudicación efectuada por su madre, que la mejoraba, en instrumento público, según leemos en la estipulación primera del documento privado, como la compraventa operada en escritura pública no sólo por lo ya expuesto en nuestro fundamento quinto sino porque, conforme a las reglas de experiencia, es impensable que no conociera lo realizado por su madre en asunto tan relevante. De cualquier manera, la libertad contractual permite alterar pactos anteriores siempre que se llenen los requisitos exigidos, pero esto es irrelevante, visto el fundamento anterior.

DÉCIMO: Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente de acuerdo con 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. Castro Bugallo en nombre y representación de don Ángel Jesús contra la sentencia dictada el día veinte de mayo de 2013 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo número 894/2012 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.