



Roj: **STSJ GAL 2677/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:2677**

Id Cendoj: **15030310012019100046**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **33/2018**

Nº de Resolución: **20/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION 33/18 SENTENCIA: 00020/2019

### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

A Coruña, veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan Luis Pía Iglesias, don Pablo A. Sande García, 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 33/2018 interpuesto por doña Penélope , representada por la procuradora doña María Fe Eire Vázquez y asistida por el letrado don Alberto Pérez Ferreiro, y en el que es parte recurrida doña Rosa , representada por el procurador don Fernando Iglesias Ferreiro y asistida por la letrada doña Sabela Vázquez Carballal, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 31 de octubre de 2018 (rollo de apelación número 677 de 2017 ), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 532 de 2016, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo, sobre ineficacia sobrevenida de disposición testamentaria a favor del cónyuge.

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

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO: 1.** El procurador don Mario Redondo Lago, en nombre y representación de doña Rosa , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia Decano de Lugo, formuló, el 14 de junio de 2016, demanda de juicio ordinario con cuantía indeterminada contra doña Penélope .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se declare *la ineficacia de la institución de heredera en favor de la esposa en el testamento otorgado por el causante D. Carlos Jesús de fecha 6 de agosto de 2010, todo ello con imposición de costas a la demandada si se opusiera a la demanda.*

**2.** Admitida la demanda por medio de Decreto dictado el siguiente 22 de junio, y emplazada la demandada, la procuradora doña Erlina Sabariz García compareció en los autos (el 15 de julio) en nombre y representación de doña Penélope 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 íntegramente la misma con imposición de costas a la parte demandante.*

**3.** Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia establecida en el artículo 414 LEC y, celebrada ésta sin avenencia, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida.



4. La Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo dictó sentencia con fecha de 1 de septiembre de 2016 , cuyo fallo es como sigue:

*Estimo íntegramente la demanda interpuesta por doña Rosa contra doña Penélope y declaro la ineficacia de la institución de heredero a favor de la esposa doña Penélope .*

**SEGUNDO:** La representación de la demandada interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia con fecha de 31 de octubre de 2018 , que en su parte dispositiva dice:

*Se desestima el recurso. Se confirma la resolución recurrida. No procede la imposición de las costas procesales de esta alzada. Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J. si se hubiera constituido.*

**TERCERO:** La procuradora doña María Fe Eire Vázquez, en nombre y representación de doña Penélope , mediante escrito presentado en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia dictada el 31 de octubre. Por diligencia de ordenación de 5 de diciembre, la Audiencia 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 personadas 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 6 de febrero de 2019 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña Rosa , el procurador don Fernando Iglesias Ferreiro formalizó escrito de impugnación del recurso el 13 de marzo.

La Sala, por providencia de 28 de marzo, señaló día, el 24 de abril, para la votación y fallo del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** *Sobre la desestimación del recurso incorrectamente construido por la vía de interés casacional (1), y en el que la única infracción normativa denunciada del Derecho Civil de Galicia entraña el planteamiento de una cuestión nueva (2 y 3).*

1. La parte recurrente en casación, en un principio demandada y después apelante, construye el recurso acogiéndose a la modalidad del interés casacional, pero lo cierto es que nos encontramos ante un asunto tramitado por razón de la cuantía, y esto significa que a tal supuesto de recurribilidad ha debido de sujetarse el escrito de interposición en los términos del artículo 2.2 LCG/2005. No se percata la recurrente, así pues, de que el interés casacional es una modalidad o presupuesto de recurribilidad limitado entre nosotros, quiere decirse cuando se trata del recurso de casación del que esta Sala de lo Civil (y Penal) conoce, a los asuntos que se tramitan específicamente por razón de la materia, toda vez que -como hemos destacado en numerosas ocasiones- respecto de los asuntos tramitados por razón de la cuantía como el presente no existe *summa gravaminis* (artículo 2.2 LCG/2005), lo que a partir del precedente que representa el artículo 1ª) LCG/1993 nos permite hablar de la idoneidad verdaderamente universal de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales de Galicia en los asuntos tramitados por razón de la cuantía para ser combatidas en casación ante esta Sala al no estar sometidas a limitación por causa de la misma (por todas, SSTSJG 16/2006, de 20 de abril , 12/2008, de 4 de septiembre y 23/2018, de 19 de octubre , así como los AATSJG de 19 de abril de 2016 y 24 de enero de 2017 ).

2. Por añadidura, y en esto reside el argumento central de la suerte desfavorable del recurso, la única norma civil gallega denunciada como infringida, por ende determinante de nuestra competencia para conocer de la casación ex artículos 73.1ª LOPJ y 478 LEC , es la del artículo 208 LDCG/2006 , de cuya mención como infringido se sirve la parte recurrente para introducir una cuestión ajena a la debatida en el pleito según quedó delimitada en esencia por las contendientes en los escritos rectores del proceso, demanda y contestación.

En efecto, el desarrollo argumental del motivo de casación estricta al que se reduce el alegato de la recurrente, so pretexto de la infracción del precitado precepto (en relación con el artículo 675 CC ), gira en torno a la necesidad de que para poder apreciar la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge ex artículo 208 LDCG/2006

no solo se ha de acreditar la situación fáctica de separación (por lo que importa al caso enjuiciado), sino que la misma "se ha de cohonestar con la voluntad inequívoca del testador a favor de tal ineficacia al tiempo de su óbito", pero esta cuestión, como avanzamos, y como a su vez no se le escapa a la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, ha de calificarse como nueva a poco que se repare en que la contestación a la demanda se fundó simplemente en la existencia de una "relación de matrimonio -entre doña Penélope y don Carlos Jesús - hasta la fecha del óbito" de este último, negando, en consecuencia, que hubiese acontecido ruptura



alguna, sin que en absoluto se suscitase esa controvertida cuestión en orden a la necesidad de concurrencia de la referida voluntad inequívoca. Por lo demás, nada empece a lo expuesto que la parte aquí recurrente aludiese ex novo en su escrito de apelación a la insuficiencia de la separación de hecho en el momento de fallecer el causante don Carlos Jesús para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria; y en nada empece por la muy sencilla explicación de que por cuestión nueva se entiende tanto la planteada por primera vez en el recurso de casación como en la segunda instancia (en este sentido, el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, del que además se sigue que el planteamiento de cuestiones nuevas conlleva una carencia manifiesta de fundamento del recurso ex artículo 483.2.4º LEC , y, por todas, STSJG 1/2019, de 4 de enero ).

**3.** Recordaremos, por redundante que pueda resultar, que la doctrina en su día emanada alrededor de la causa de inadmisión del recurso de casación contenida en el artículo 1710.1.2º LEC/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 ), constituye una doctrina que estamos manteniendo actualmente a partir de la STSJG 12/2002, de 13 de marzo , con independencia de la falta de encaje expreso 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/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).

Sujetos como estamos a la recién reflejada doctrina acerca de la interdicción de la cuestión nueva en casación (doctrina inicialmente ya confirmada por la del Tribunal Supremo que muestra su auto, v.gr., de 22 de noviembre de 2005 y también su sentencia 783/2009, de 4 de diciembre ), y teniendo en cuenta por añadidura que -en palabras de las SSTS de 6 de marzo de 1984 y 556/1999, de 25 de septiembre , ya transcritas en la STSJG 11/2000, de 11 de abril )- *no cabe la menor duda de que la preclusión de las alegaciones de las partes es el sistema establecido en nuestra LEC* (de 1881), lo que en el artículo 400.1 LEC/2000 aparece de forma más expresa que en el precedente artículo 548 ( SSTSJG 34/2002, de 10 de octubre , y 3/2003, de 28 de enero ), habrá de convenirse en la recta inadmisión (desestimación en el presente trance) del motivo en el que la recurrente denuncia la infracción de una norma de Derecho Civil gallego en la que inopinadamente se trae a colación en casación, y ya antes en apelación, una cuestión nueva (por todas, SSTSJG 1/2019, de 4 de enero , y AATSJG de 31 de mayo de 2016 y de 2 de noviembre de 2018 ).

Cabe concluir, por lo tanto, que la indiscutible inadmisión ( *rectius* , desestimación) ex artículo 483.2.4º LEC del motivo de casación en el que se denuncia una infracción del Derecho Civil de Galicia arrastra la del propio recurso al encontrarse huérfano de fundarse, como es inexcusable fundarlo - insistimos- en alguna de esas infracciones y no solo nominalmente ( artículos 73.1ª LOPJ y 478.1 LEC ); infracciones, las del Derecho Civil Gallego, que son suficientes de por sí para que podamos conocer de un recurso de casación, ya se funde además -como es el caso- o no en infracciones de normas de Derecho civil común *lato sensu* y también procesal si la sentencia combatida se impugna con amparo en los motivos recogidos en el artículo 469.1 LEC -como igualmente es el caso, si bien en el motivo único de infracción procesal formulado, acogido al artículo 469.1.4º LEC , so pretexto de error en la valoración de la prueba no se denuncia norma alguna de naturaleza procesal-, pero infracciones unas y otras -las civiles y procesales comunes- insuficientes para someter a la decisión de la Sala un recurso en realidad únicamente fundado en ellas (así, v.gr., entre las innumerables resoluciones de la Sala, SSTSJG 3/2003, de 28 de enero , 2/2005, de 20 de enero , 42/2016, de 17 de noviembre , y 22/2017, de 23 de junio , y AATSJG de 20 de julio de 2009 , 29 de abril de 2011 , 25 de octubre de 2013 , 31 de mayo de 2016 , 24 de enero de 2017 , y 31 de marzo de 2017 ).

**SEGUNDO:** *La ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge opera ope legis o por ministerio de la ley , por sí misma y por sí sola, y no precisa completarse o ratificarse con la voluntad inequívoca del causante de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento.*

**1.** Lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, de por sí suficiente para explicar y comprender el signo desfavorable del recurso, no impide a la Sala dejar constancia del argumentario que a fin de cuentas conduciría a su falta de éxito si hubiésemos de responder a la cuestión jurídica novedosamente introducida en casación y consistente en decidir, como sabemos, si para apreciar la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge ex artículo 208 LDCG/2006 no solo debe acreditarse la correspondiente situación de crisis matrimonial mencionada en el precepto -en el caso enjuiciado, la separación de hecho-, sino además la voluntad inequívoca del testador de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento.



Pues bien, la respuesta que damos a dicha cuestión es negativa por completo, y así la avanzamos antes de reflejar el perfil factico del caso enjuiciado, que por lo que importa se caracteriza por las siguientes circunstancias, acreditadas en la instancia y no discutidas casacionalmente:

1ª. Don Carlos Jesús contrajo matrimonio con doña Penélope el 3 de julio de 2004.

2ª. El 6 de agosto de 2010 don Carlos Jesús otorgó testamento abierto notarial, en cuyas dos primeras cláusulas se hace constar que "está casado en únicas nupcias con doña Penélope (...), y no tiene descendientes" (cláusula primera), así como que, para el caso de que a su fallecimiento no deje descendientes, "instituye y nombra universal heredera a su citada esposa y la sustituye vulgarmente por su madre, doña Rosa (...)" (cláusula segunda).

3ª. En el año 2012 los cónyuges se separaron de hecho y don Carlos Jesús se trasladó a vivir a casa de su madre, llevándose todas sus pertenencias.

4ª. En el año 2013 don Carlos Jesús comenzó una relación sentimental con doña Caridad, habiendo alquilado ambos un piso con la duración de un año prorrogable. Dicha relación era conocida por todos, incluso por la familia y por doña Penélope.

5ª. Fracasada la relación con doña Caridad, don Carlos Jesús regresó a casa de su madre.

6ª. En el mes de mayo de 2014, don Carlos Jesús ingresó en un centro de rehabilitación, y poco después de salir del mismo, tras haber permanecido aproximadamente mes y medio, comenzó una relación sentimental con doña Florinda, quien fue su pareja estable desde agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 15 de junio de 2015. Toda la familia conocía a doña Florinda, quien asistió al velatorio de don Carlos Jesús en su condición de pareja.

7ª. Don Carlos Jesús falleció sin descendientes y bajo el antes mencionado testamento abierto notarial.

2. La disposición testamentaria de don Carlos Jesús a favor de su esposa doña Penélope, devino ineficaz por la posterior separación de hecho entre los cónyuges, persistente al fallecer el testador, sin que del testamento resulte

que don Carlos Jesús la habría ordenado incluso tras dicha separación. Esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG/2006 tiene lugar o *pe legis* o por ministerio de la ley en el caso -entre otros- de que al fallecer el testador los consortes se hallasen separados de hecho "salvo que del testamento resulte otra cosa", esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo, excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico. La disposición, por lo tanto, deviene ineficaz por regla general a menos que del testamento resulte que el testador la habría ordenado aún en caso de ruptura o crisis matrimonial, pero tal ineficacia, en rigor una revocación *ope legis* de la disposición testamentaria efectuada por un cónyuge a favor del otro, precisamente por preverse legalmente no exige ni requiere declaración alguna de voluntad del causante que la complete o ratifique: es la ley, por sí sola y por sí misma, la que anuda a, v.gr., la separación de hecho entre los cónyuges la revocación o ineficacia de las disposiciones testamentarias previamente efectuadas por uno de ellos a favor del otro, tal cual sucede, por ejemplo, con los consentimientos y poderes a los que se refieren los artículos 102 y 106 CC, si bien el artículo 208 LDCG/2006 hace prevalecer la voluntad del testador en la medida en que mantiene la eficacia de la disposición si del testamento resulta la intención de favorecer al cónyuge con independencia de su condición de tal, y de ahí el carácter no imperativo de la norma contenida en el precepto gallego de referencia (ya en la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre, pusimos de manifiesto que el artículo 208 LDCG/2006 es "una norma dispositiva de carácter general, residual, que se refiere a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones de última voluntad en favor del cónyuge viudo en el sentido de que, salvo que sea otra la voluntad del testador, las establecidas no surtirán efecto, entre otros, en los supuestos de separación de hecho subsistente en el momento de fallecer el causante").

Sea como fuere, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006, al igual, por ejemplo, que el catalán del apartado 1 del artículo 422-13 del libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones (CCCat), configura el precepto como un supuesto de ineficacia sobrevenida, y fija de modo objetivo los presupuestos de aplicación de la norma, a saber, las distintas situaciones de crisis matrimonial o de convivencia que describe, para ordenar en base a ellas la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge. En realidad, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006 parte del entendimiento de que la disposición testamentaria a favor del cónyuge se efectúa en su condición de tal y en tanto en cuanto lo sea (o no sobrevenga una situación de crisis matrimonial), de manera que quedará sin efecto o se tendrá por revocada si al fallecer el testador -a la vez que se abre su sucesión- los cónyuges se encontraran, como es el caso, separados de hecho; previsión normativa que, volvemos a destacarlo, no se establece con carácter imperativo puesto que del propio precepto se sigue que la disposición producirá efecto "salvo que del testamento resulte otra cosa".



3. Por último, no podemos dejar de señalar que el alcance que la Sala predica del artículo 208 LDCG/2006 coincide en lo sustancial con la doctrina reflejada en las SSTS 531 y 538/2018, de 26 y 28 de septiembre, y ello a pesar de que en el ámbito del Derecho Civil común o estatal la revocación de -en particular- un testamento abierto notarial no puede tener lugar más que a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido ( artículos 737 - 739 CC ), y de que no está prevista, como consecuencia de una situación de ruptura o crisis matrimonial, la ineficacia o revocación *ope legis* de las disposiciones testamentarias efectuadas por un cónyuge a favor del otro. Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo, aun reconociendo que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones forales o de los territorios con Derecho Civil propio, entre ellos Galicia, "no existe en el Código Civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea", considera -so pretexto del párrafo primero del artículo 767 CC - que "cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz". Así pues, dichas SSTS asumen que es suficiente con que la disposición testamentaria se efectúe a favor del cónyuge (o pareja) para que haya de entenderse que la cualidad de tal fue la causa, o motivo, de la misma, y ello no obstante la inexistencia en el CC de una norma como la gallega del artículo 208 LDCG/2006 .

Concluiríamos, entonces, que cuando don Carlos Jesús , en estado de casado otorgó testamento abierto notarial conforme al cual "instituye y nombra universal heredera a su citada esposa" (doña Penélope ), reveló la razón por la que la nombraba como su heredera, sin que nada haga concluir que, de no ser doña Penélope su esposa, el testador la hubiera instituido heredera universal. Acontecida la separación de hecho entre los cónyuges después del otorgamiento del testamento, dicha disposición testamentaria -la institución de heredera- quedó privada de causa, o motivo, y no puede producir efecto en el momento de la apertura de la sucesión del causante toda vez que en ese momento -coincidente con el de su muerte- persistía la separación de hecho entre don Carlos Jesús y doña Penélope , sin que haya sido acreditada reconciliación alguna entre ambos.

**TERCERO:** *Alcance del fallo desestimatorio, costas y depósito.*

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 lo que procede es 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

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Penélope contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la

Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 31 de octubre de 2018 (rollo de apelación número 677 de 2017 ), la cual confirmamos.

2º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

3º Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.