

**XIII.1- SENTÈNCIA DE LA SALA CIVIL I PENAL  
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES  
ILLES BALEARS NÚM. 4/2012 DE 24 D'OCTUBRE.**

**Ponent Sr. Capó Delgado**

**POSSIBILITAT QUE EN ELS  
RECURSOS DE CASSACIÓ PER INFRACCIÓ DE NORMA  
FORAL ES PUGUIN CONÈIXER ELS MOTIUS D'INFRACCIÓ  
PROCESSAL. INTANGIBILITAT EN LA CASSACIÓ DELS  
FETS PROVATS. QÜESTIÓ NOVA. DRET A LA SUCCESSIÓ  
INTESTADA DEL CÒNJUGE VIUDO SEPARAT DE FET  
SI LA SEPARACIÓ NO S'HA PRODUÏT PER MUTU ACORD  
QUE CONSTI FEFAEMENT. REMISSIONS DE LA  
COMPILACIÓ AL CODI CIVIL: S'HAN D'ENTENDRE FETES  
ALS PRECEPTES QUE ESTAVEN EN VIGOR EN EL  
MOMENT DE PROMULGAR-SE AQUELLA, SENSE QUE  
TINGUIN RELEVÀNCIA LES MODIFICACIONS  
POSTERIORS DEL CODI CIVIL.**

**Resum dels fets:** La Senyora A, viuda del Senyor B, del que estava separa de fet, interposa demanda contra els germans i nebots del difunt Senyor B –el qual era de veïnatge civil pitiús– sol·licitant: 1er) la nul·litat de la interlocutòria de 31 de juliol de 2007 per la que es declaren hereus del Sr. B els seus germans i nebots; 2n) la declaració del seu dret a la herència del Senyor B donat el fet de haver mort intestat; i 3r) de manera subsidiària, pel cas de no estimar-se l'anterior petició, el dret al usdefruit dels dos terços de la indicada herència, en virtut de la remissió que el art. 84 COMP fa al Codi civil.

El Jutjat de Primera Instància 2 d'Eivissa va dictar sentència estimant

parcialment la demanda i va donar lloc a la tercera de les peticions efectuades, declarant el dret de la Senyora A a la llegítima vidual, consistent en l'úsdefruit de les dues terceres parts de l'herència en base al art. 838 Cc. Apel·lada la sentència per les dues parts del litigi, l'Audiència Provincial (Secció 3<sup>a</sup>) va dictar la sentència 93/2012 de 23 de febrer, en la que estimava el recurs de la Senyora A i desestimava el dels parents col·laterals del difunt Senyor B, declarant el dret d'aquella de succeir en l'herència del causant amb preferència als col·laterals.

La part demandada va interposar contra aquesta sentència els següents recursos: el que denomina extraordinari per infracció processal, en base al art. 469.1.4<sup>a</sup> LEC, per vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, donada la valoració –al seu dir– irracional, arbitrària i il·lògica de la prova testifical i documental; y recurs de cassació fonamentat en els següents motius: 1er) per la concurrència d'interès cassacional –per no existir doctrina del TSJ de les Illes Balears sobre la successió intestada a l'illa d'Eivissa–, atacant la sentència recorreguda en consideració a que les proves del litigi havien acreditat que els cònjuges estaven separats de fet per mutu acord fefaent, cas en el que el cònjuge viudo no succeïa intestat, per aplicació del art. 945 Cc, en la redacció anterior a la llei 15/2005 de 8 de juliol, precepte aplicable al cas donada la remissió al Codi civil del art. 84 COMP i la disposició final 2<sup>a</sup> de la mateixa, segons la que las remissions al Codi civil s'han d'entendre fetes a la redacció vigent a l'entrada en vigor de la Compilació; i 2n) també per la via del interès cassacional –per la mateixa circumstància indicada–, demanant la integració del art. 84 COMP amb la disposició del art. 45 de la mateixa, omplint d'aquesta manera la llacuna que presenta el primer dels indicats preceptes, ja que, en el marc de la successió intestada, concedeix una quota usufructuària al cònjuge viudo que concorre a l'herència amb descendents o ascendents del mateix, però no conté cap disposició pel cas de concurrència amb col·laterals.

Per interlocutòria de 4 de juliol de 2012, la Sala Civil i Penal del TSJ va resoldre admetre els dos motius de cassació formulats per la via del interès cassacional i no admetre el denominat per la part recurs extraordinari d'infracció processal, tot recordant la doctrina consolidada de la Sala segons la que la seva competència no s'estén al indicat recurs, sinó tan sols a la possibilitat que, en el recursos de cassació per infracció de norma foral, es puguin conèixer els motius d'infracció processals continguts en l'art. 469 LEC, i essent *ratio decidendi* per a la inadmissió del recurs el fet de proposar una nova valoració de la prova testifical i documental, en contra de la doctrina tantes vegades expressada pels Tribunals de intangibilitat en la cassació dels fets provats.

Per la seva part, el recurs de cassació va ser desestimat en els seus dos motius.

**Fonamentació jurídica:** El causant Senyor B –de veïnatge civil pitiús, com s’ha dit– va morir el 15 de març de 2012 sense haver atorgat testament, raó per la qual era aplicable l’art. 84 COMP, segons el que la successió intestada a Eivissa i Formentera es regeix per les normes del Codi civil, que disposava –en el seu art. 945, abans de la modificació del precepte per la llei 15/2005 de 8 de juliol– que no tindrà lloc la crida a la successió intestada al cònyuge “si estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.

La sentència de l’Audiència Provincial va considerar que no existia una separació de fet amb aquestes característiques, ja que “el artículo 945 Cc no otorga eficacia a toda separación de hecho, quedando excluída la unilateral, aún siendo consentida, y debiendo constar fehacientemente dicho acuerdo de separación, ya que lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo, se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges”. Ja examinant el supòsit contemplat, ens diu la mateixa sentència que “en el caso de autos no se ha probado que se diesen las condiciones para poder apreciar que los cónyuges estuviesen separados de hecho de mutuo acuerdo. En efecto, no ha quedado acreditada la voluntad definitiva de los cónyuges de no reanudar la vida en común. Se ha demostrado que ambos eran heroinómanos y que fue ésta la causa del deterioro de la relación hasta el punto de que el Sr. B llegó a maltratar a su mujer, que hubo de pedir auxilio al Institut de la Dona y refugiarse en una casa de acogida, pasando después a vivir con una amiga unos dos años”. Després, i una vegada examinada la prova, la sentència arriba a la conclusió que “la separación no fue en origen consentida, sino provocada por los malos tratos inferidos a la Sra. A. En consecuencia, nos hallaríamos ante una separación de hecho que no reúne las condiciones para que el cónyuge viudo quede exceptuado de la sucesión intestada. Como más arriba se ha dicho, el concepto de “separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente” que utiliza el art. 945 Cc excluye la separación unilateral aún siendo consentida. Por otro lado, la fehaciencia exigida en dicho precepto para el mutuo acuerdo, si bien no es equiparable a la constancia documental, sí excluye la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, que es, como mucho, lo que se habría dado en el caso de autos”.

El motiu primer del recurs de cassació s’estavella contra aquestes conclusions probatòries de la sentència recorreguda per ignorar –com diu la sentència del Tribunal de Cassació– “el principio de la intangibilidad en casación de los hechos probados proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que enseña que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la cuestión fáctica, sino que se concreta al control de la

correcta aplicació del ordenamiento jurídico (STS de 27 de febrero de 2012 y las múltiples en ella citadas) y que reitera que es función de este recurso contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la que interesadamente pueda querer presentar la parte recurrente, sino a la que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados en el proceso (STS de 14 de febrero de 2012 y las que cita)”.

El segon motiu del recurs de cassació propugna integrar l'article 84 COMP mitjançant l'aplicació analògica del article 45, atorgant així a la viuda l'usdefruit de la totalitat de l'herència –com diu el segon dels indicats preceptes–, per la seva concurrència amb col·laterals, que serien nuus propietaris de la mateixa. La sentència de cassació desestima aquesta pretensió, certament curiosa, per ser una qüestió nova i resultar contrària a la postura processal adoptada pels recurrents.

En efecte: a la demanda la Senyora A sol·licita primerament el dret a succeir *ab intestato* al que va ser el seu marit Senyor B, i, subsidiàriament, el dret a percebre la llegítima contemplada pel Codi civil; i, per la seva part, els col·laterals demandats tan sols varen sol·licitar la desestimació de la demanda sense formular reconvenió ni aduir pretensió de cap mena. En aquestes circumstàncies, el Tribunal de Cassació considera que el que pretenen els recurrents “es antitético con las afirmaciones fácticas de dicha parte en ambas instancias. Y, por otro lado, jamás se planteó la posibilidad de llenar la laguna que, ahora, sostiene que existe en el art. 84. II de la Compilación, aplicable a Eivissa y Formentera, que en la sucesión abintestato del cónyuge difunto no otorga derecho alguno a los colaterales que concurren con el cónyuge viudo, mediante la auto integración del Derecho civil de Baleares por la vía del artículo 1. II de la Compilación y la aplicación analógica de su artículo 45.III que... solo rige en la isla de Mallorca, por estar situado en el libro Primero, y en la de Menorca, en virtud del artículo 65”.

La sentència comentada fa després una anàlisi sobre les diverses categories de qüestions noves, i així, hi hauria un primer grup format per les que “no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia (STS de 30 de abril de 2012)” i un segon grup constituït per “las cuestiones que sí fueron suscitadas por la recurrente en primera instancia pero no integraron el objeto del debate en apelación, y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria mencionada en la sentencia de la Audiencia Provincial, pues el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada al tratar sobre las cuestiones que se haya pronunciado (STS de 13 de junio de 2012)”.

En definitiva, considera el Tribunal que aquesta qüestió introduïda per la part recurrent en el recurs de cassació de cap manera pot ser apreciada, ja que “su examen ex novo (por vez primera) produciría indefensión a la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación, y se vería afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia”.

**Comentari:** Com sigui que els motius de caràcter processal que provoquen la desestimació del recurs de cassació són totalment clars i suficientment coneguts, el comentari es centrarà en la qüestió de fons del litigi.

La llei general del Estat 15/2005 de 8 de juliol va donar una nova configuració a la institució del matrimoni, que passa a estar fonamentat exclusivament en la voluntat dels cònjuges de mantenir-lo. A la exposició de motius d'aquesta llei es diu que “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”. Com primera manifestació d'aquest principi es va introduir el divorci no causal, ja que el pot demanar qualsevol dels cònjuges sense altre condicionament que el fet d'haver transcorregut tres mesos de matrimoni, i, per tant, sense que els tribunals puguin fer declaracions sobre la suposada culpabilitat d'un o altre cònjuge com a causant d'aquesta situació.

Lògicament, aquesta nova conceptualització del matrimoni havia de produir també els seus efectes dintre del àmbit successori. I així, la mateixa llei modifica els articles 834 i 945 Cc, assenyalant que el cònjuge viudo tindrà dret a la llegítima i a succeir ab intestato si no està separat judicialment o de fet, sense cap altre precisió, mentre que, abans de la reforma, es conservava el dret a la llegítima si la separació havia estat per culpa del difunt, i l'exclusió del cònjuge viudo de la successió intestada exigia la separació per sentència ferma o per mutu acord que consti fefaentment.

Com es sabut, aquestes modificacions legislatives de caràcter successori varen ser inoperants dintre del nostre Dret, perquè tant l'article 51 –aplicable a Mallorca i Menorca– com l'article 84 –per a Eivissa i Formentera– assenyalen que la successió intestada es regirà pel Codi civil –sense perjudici de les particularitats que un i altre precepte contemple–, i aquesta remissió té caràcter estàtic, com diu la Disposició final 2<sup>a</sup> COMP, i, per tant, se considera feta al text del Codi civil que estava en vigor quan es va aprovar la Compilació de 1990.

La conseqüència és que, dintre del nostre Dret, el cònjuge viudo separat de fet segueix tenint dret a succeir ab intestato, a no ser que la separació

s'hagi produït per mutu acord que consti fefaentment. Sense que aquesta darrera expressió suposi l'exigència d'una constància documental determinada, però –segons la sentència de l'Audiència Provincial recorreguda en el present cas– quedant exclosa la separació unilateral encara que sigui consentida.

És obvi que l'actual regulació del Codi civil és més congruent amb la consideració actual del matrimoni, com també ho és amb la doctrina del nostre Tribunal de Cassació, segons la que les atribucions successòries legals al cònjuge viudo no tenen altre fonament que la convivència, i així, la sentència de la Sala Civil i Penal 2/2009 de 27 de juliol ens diu que “la legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación”. I si bé la sentència es refereix a la llegítima, el mateix es podria dir, i possiblement amb moltes més raons, pel que fa a la successió intestada.

Però, com ens diu el refrany castellà, “Dios escribe a veces con renglones torcidos”, i, en el present cas, l'aplicació del text del article 945 Cc anterior a la reforma de 8 de juliol de 2005, permet adjudicar l'herència intestada al cònjuge separat de fet, que havia inclús sofert violència de gènere per part del causant. És veritat que anant a determinar culpabilitats es complirien –en casos extrems com el que aquí es contempla– les exigències de la justícia material, però també pareix que no són aquestes, avui en dia, les funcions del Tribunals en el supòsits de crisi matrimonial. De totes maneres no es pot oblidar que l'article 45 COMP –aplicable a Mallorca i Menorca– concedeix llegítima al cònjuge separat de fet que es trobi en aquesta situació per causa imputable al difunt.

I per acabar, tres breus consideracions:

1) La tècnica de les remissions és absolutament desencertada i encara ho resulta més una remissió en bloc al Codi civil. S'ha de dir que no trobem ja remissions d'aquest tipus dintre de les lleis autonòmiques més recents.

2) El cas contemplat és una mostra més de la necessitat de donar quan antes un desenvolupament lògic a la Compilació mitjançant lleis sectorials que regulin amb profunditat les nostres institucions. La regulació de la successió intestada a les nostres Illes demanda una especial regulació a fi de tenir en compte, entre altres extrems, el condicionament que suposa, a Mallorca i Menorca, el principi *nemo pro parte* pel que fa a la procedència de la successió intestada, la torturant qüestió de si l'exclusió del cònjuge viudo de la successió tan sols l'ha de determinar la separació judicial o de fet, sense necessitat de ponderar si una o altra son degudes a culpa del difunt,

així com la problemàtica presentada pel paràgraf segon del article 84 COMP, que concedeix al cònjuge viudo, dintre de la successió intestada pitiusa, una llegítima que no té dintre de la testada. A més seria molt oportú, en aquest temps de crisi econòmica, establir la crida a l'herència de la Comunitat Autònoma, en lloc del Estat, a falta de parents en dret a heretar *ab intestato*, com s'ha disposat a Galícia, Navarra, País Basc, Aragó i Catalunya.

3) I per finalitzar una especial recomanació a les persones separades de fet que no hagin atorgat testament: que el facin quan antes.