



Roj: **STSJ GAL 1271/2007** - ECLI: **ES:TSJGAL:2007:1271**

Id Cendoj: **15030310012007100001**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2007**

Nº de Recurso: **29/2006**

Nº de Resolución: **3/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN JOSE REIGOSA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 515/2006,**
STSJ GAL 1271/2007

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

A Coruña, a quince de Febrero de dos mil siete, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por el

Ilmo. Sr. Presidente don Juan José Reigosa González y por los Ilmos. Sres. Magistrados don Pablo A. Sande García y don José Antonio Ballester Pascual dictó

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3/2007

En el recurso de casación nº **29/2006** interpuesto por D^a. Lidia , representada por el Procurador D. Luis

Sánchez González y asistido por el Letrado D. Francisco José Fernández Blanco, y en el que es parte recurrida D^a. Eva y D^a. Constanza las que no han comparecido ante esta Sala, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense con fecha de 15 de mayo de 2006 (rollo de apelación 123/2006), como consecuencia de los autos de Procedimiento Ordinario número 200/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de A Pobra de Trives, sobre partición notarial.

Es magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: 1. La Procuradora D^a. Ana Belén Vega González, en nombre y representación de D^a. Eva y de D^a. Constanza , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de A Pobra de Trives, formuló el día 9 de noviembre de 2005 demanda de Procedimiento Ordinario sobre partición notarial, contra D^a. Lidia ; para que sustanciada en legal forma se dicte sentencia de acuerdo con la súplica de este escrito. En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho tenidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las fincas referidas en el hecho tercero de la demanda pertenecen a D^a. Eva , lote número NUM000 , y a D^a. Constanza , lote número NUM001 dimanante de la partición notarial efectuada por el Notario D. Fernando Tenorio Blanco, de fecha, 21 de febrero de 2005, nº de Protocolo 122, condenando a la demanda a estar y pasar por tal declaración y por lo tanto a entregar las fincas a las actoras en el estado en que se encuentren, con expresa condena en costas.

2. Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada y compareció en su representación la Procuradora D^a. Emilia Enríquez Domínguez, presentando escrito de contestación a la demanda en el que alega



la invalidez de la partija realizada y tras aducir los fundamentos de derecho pertinentes solicitó que se dictara sentencia en la que se declare la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas.

3. Celebrada la audiencia previa y tras intentar la conciliación, sin éxito, se propusieron y practicaron los medios de prueba que constan en las actuaciones, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

3. El Juez del Juzgado de Primera Instancia de Trives dictó sentencia con fecha de 6 de febrero de 2006 , cuyo fallo es como sigue:

Desestimar totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. Ana Belén Vega González en nombre y representación de D^a. Eva y D^a. Constanza contra D^a. Lidia y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

SEGUNDO: Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia y tramitada la alzada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense dictó sentencia con fecha de 15 de mayo de 2006 , cuya parte dispositiva dice:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. Mónica Vázquez Blanco, en nombre y representación de D^a. Eva y D^a. Constanza , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número NUM000 A Pobra de Trives, en autos de Procedimiento Ordinario 200/05, rollo de apelación nº 123/06, de fecha 06 de febrero de 2006, que se revoca, estimando la demanda interpuesta por D^a. Eva y D^a. Constanza contra D^a. Lidia declarando que las fincas referidas en el hecho tercero de la demanda pertenecen a D^a. Eva , lote número NUM000 , y a D^a. Constanza , lote número NUM001 dimanante de la partición notarial efectuada por el Notario don Fernando Tenorio Blanco, de fecha 21 de febrero de 2005, núm. De Protocolo 122, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y por tanto a entregar las fincas a las actoras en el estado en que se encuentren, imponiendo las costas de primera instancia a la demandada y sin realizar especial pronunciamiento en relación a las de la alzada.

Por auto de la misma Audiencia de doce de junio 2006 se acordó rectificar error padecido en el fallo de la sentencia en el sentido de que el lote que se debe adjudicar a D^a Constanza debe ser el NUM002 en vez del NUM001 .

TERCERO: 1. La representación de la demandada y apelada presentó escrito el 25 de mayo de 2006 por el que preparó recurso de casación para ante esta Sala contra la sentencia dictada el anterior día 15 de mayo de 2006 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense. Ésta, por medio de providencia de fecha de 31 de mayo de 2006 , tuvo por preparado el recurso; presentó escrito de interposición el 3 de julio de 2006 y se tiene por interpuesto por providencia de 4 de septiembre de 2006 y emplazó a las partes ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a la que acordó remitirle los autos.

2. La Sala dictó auto con fecha de 20 de noviembre de 2006 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto conforme a lo establecido en los artículos 483 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se señaló para votación y fallo del recurso el día 19 de enero de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se denuncian como infringidos, en el único motivo de casación, los artículos 165 y 166 de la LDCG 4/1995, de 24 de mayo , relativos ambos a las partijas hereditarias, donde el primero prevé la posibilidad de efectuar la partición entre los herederos mayores de edad que sean dos al menos y representen más del 50 por 100 del haber hereditario; estableciendo el segundo determinadas formalidades para la válida celebración de las partijas.

La posibilidad de practicar la partición por esa mayoría es una previsión del Derecho Civil de Galicia que entraña una excepción al principio de unanimidad seguido tanto por el Código Civil (artículo 1.058) como por otras legislaciones forales. Sin duda el fundamento de aquella especialidad radica en específicas circunstancias del país gallego, no favorecedoras de un buen fin de la partición. Así, tanto la complejidad patrimonial derivada de los minifundios y heterogeneidad de los bienes, cuanto la general ausencia en el mundo rural de coherederos a causa de la emigración o trabajos en alta mar. El seguimiento de la tesis de la unanimidad, propia del derecho común, avocaba en Galicia a frecuentes desacuerdos y litigios que la norma especial pretende salvar, aún cuando su aplicación pueda entrañar ciertos riesgos para coherederos ausentes. De ahí la también previsión del artículo 166 imponiendo determinadas formalidades en la práctica de la partición de esa forma que, como el propio precepto señala, habrán de observarse estrictamente. No en vano siguiendo tales principios la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia 124/2006, de 29 de Junio , derogatoria de la 4/1995, amplía si cabe tales formalidades en sus artículos 296 y siguientes tendentes a garantizar al máximo los derechos de todos los implicados y en especial los no concurrentes a la partición, exigiendo así la notificación notarial a los



interesados, publicación de edictos y especial designación de contadores-partidores. En definitiva haciendo una regulación más extensa y precisa de esta modalidad de partición precariamente desarrollada en la Ley 4/1995 .

Se comprenderá que concibiéndose así la institución, su práctica deba estar presidida por una rigurosidad en la interpretación de los preceptos que la regulan, para evitar que al socaire de esa facilidad particional puedan resultar perjudicados alguno o algunos coherederos por una torticera imposición de las mayorías o por la total falta de audiencia, o posibilidad de practicarla, de todos los interesados.

Dicho lo cual, que nos ha de servir de guía interpretativa de las normas aplicables, entraremos en el estudio del supuesto sometido a nuestra consideración en este recurso de casación, donde las sentencias de instancia son contradictorias.

SEGUNDO: El supuesto de hecho del que partimos es el siguiente: En escritura notarial de partición de herencia de fecha 21 de febrero de 2.005, a instancia de dos de las tres herederas y con base al citado artículo 165 de la LDCG , se hace constar la formación de inventario y avalúo por el perito D. Carlos Alberto que establece en la cuestionada herencia tres cupos por valor de 7.000 Euros cada uno, que fueron sorteados por insaculación ante el Notario autorizante entre cada una de las tres herederas hoy litigantes.

Lo que denuncia la hoy recurrente y entonces demandada, D^a Lidia , es que si bien sus dos hermanas, las actoras D^a Eva y D^a Constanza , representan más del 50% del haber hereditario de su padre D^o Jose Enrique , no es así respecto a la herencia de su abuelo común D^o Fernando , al haber dejado éste ocho hijos herederos, entre ellos el padre de las actoras, por lo que partidas conjuntamente ambas herencias, del padre y del abuelo, las actoras no representarían más del porcentaje exigido por dicho artículo 165 de la LDCG .

Así lo apreció el Juzgador de instancia que desestimó la demanda, sin embargo la Audiencia revocó su sentencia con estimación de aquella al considerar válida tal partición al entender básicamente, por una parte, que la herencia partida era la del padre de las litigantes, y por otra, que este había poseído durante más de treinta años la procedente del abuelo, fallecido intestado el 16/2/1918, por lo que los derechos derivados habrían ya prescrito a tenor de lo previsto en los artículos 1934 y 1963 del Código Civil . En conclusión considera la Audiencia que en la herencia del padre se integraban los bienes procedentes del abuelo por lo que al ser únicamente tres las herederas podrían dos de ellas practicar la partición de conformidad al citado artículo 165 .

TERCERO: Sin embargo esa pretendida prescripción y subsiguiente adquisición de los bienes del abuelo por el padre de las litigantes no es lo que con la claridad necesaria se desprenda de las operaciones particionales realizadas, ni siquiera expresamente se alegaba en la demanda lo que no deja de entrañar una cuestión nueva en la apelación y por ello de dudosa viabilidad procesal. En todo caso llama la atención que el perito encabece el inventario en cuestión con referencia a las herederas de D^o Fernando , a la sazón el abuelo de las litigantes y no el padre, dando claramente a entender que la herencia que se parte es también, o básicamente, la de aquél causante. A su vez ello queda parcialmente corroborado por la propia escritura notarial citada donde las demandantes se refieren en los antecedentes tanto a su abuelo, Fernando , como a su padre, Jose Enrique , significando que el abuelo dejó ocho hijos. Y más adelante en el apartado relativo a la administración se hace constar que los cupos correspondientes a los siete hijos restantes quedarán bajo la administración de D^a Constanza y, por tanto, las herederas D^a Constanza y D^a Eva , adquieren en pleno dominio, una veinticuatroava parte indivisa de todos y cada uno de los bienes inventariados y adjudicados en su cupo para lo cual aceptan pura y simplemente la herencia de su abuelo y padre, respectivamente. Tal pronunciamiento se contradice con la idea de que todos los bienes formaran parte de la herencia del padre, pues de ser así no era preciso establecer esa administración y reserva a favor de los hijos del abuelo que nada tenían que ver con la herencia del padre de las litigantes en este pleito.

De lo anterior se desprende que la partición no quedó limitada a los bienes dejados por el padre de las tres litigantes, sino que preferentemente se extendió a los del abuelo, y así las cosas resulta gratuito entender que dicho padre adquirió los bienes del abuelo en su totalidad sin haber constancia de la partición de los mismo entre los ocho hijos habidos. Se pretende soslayar este problema apelando a la prescripción en base a que el padre de las litigantes fue el poseedor de los bienes del abuelo desde el fallecimiento de éste en el año 1.918, olvidando que esa posesión, mientras no conste lo contrario, no se podía presumir en concepto de dueño exclusivo sino la propia de un coheredero en tanto la herencia permanecía indivisa, de manera que no puede tener el efecto pretendido tampoco alegado, como se dijo, en la demanda ni referido en la partición. Y así lo hace evidente la escritura notarial cuando, como se dijo, provee a la administración de los bienes en lo que exceda de la veinticuatroava parte que en pleno dominio se adjudica a las hermanas litigantes. Abunda en ello el contenido del artículo 1.965 del Código Civil a cuyo tenor "No prescribe entre coherederos, condueños o propietario de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas".



Pero también resulta un tanto anómalo, como se desprende de la escritura notarial de referencia, que la declaración abintestato del abuelo se practique en fecha posterior a la del padre, como tratando artificiosamente de atar "cabos sueltos" en la compleja situación hereditaria existente. Significar también que, pese a lo alegado en la apelación por las demandantes, el juez de instancia, congruentemente, no declaró la nulidad de la partición, sino que simplemente se limitó a desestimar la demanda frente a la oposición demandada por considerar infringido el artículo 165 de la LDCG que viene a ser el eje central de este pleito. Añadir que la previsión atributiva de propiedad de la partición del artículo 1.068 del Código Civil parte de que sea "legalmente hecha", y no lo es cuando se ha infringido un precepto de obligatoria observancia, por lo que es jurídicamente correcto no estimar una pretensión fundada en un título ineficaz que ha sido puesto en cuestión por la parte demandada.

Así las cosas resulta obvio que efectivamente se infringió lo previsto en dicho artículo 165 de la LDCG pues las dos herederas demandantes, que practicaron tal partición, no representaban más del 50 por 100 de las herencias conjuntamente partidas.

CUARTO: Pero es que además también se puede entender que no se cumplió debidamente con la previsión contenida en el artículo 166-1º, también denunciado como infringido, y que, como se ha dicho, debe ser de rigurosa observancia. Así, como consta en la comunicación remitida a la demandada con fecha 24/11/2.004 (folio 34), se la emplaza para la formación de inventario de la herencia del padre, Dª Jose Enrique, cuando en realidad el perito encabeza las operaciones particionales (folio 15) con referencia a las herederas del abuelo Dº Fernando, como tampoco consta en ese documento obrante en autos fecha y lugar de celebración del acto, ni la actora acredita se hicieran saber fehacientemente tales circunstancias a la demandada. Y así también la hoy recurrente, Dª Lidia, pone de manifiesto en su carta de fecha 16/12/2004 (folio 36) que no se opone a la realización de las operaciones particionales del padre, Dº Jose Enrique, pero que con carácter previo habría que realizar las relativas al abuelo Dº Fernando, todavía sin practicar. Y tal oposición se formula en fecha anterior a la partición realizada por lo que resulta manifiesta desde un principio su oposición a la partición en la forma que se pretendía practicar, aún al margen de los cupos resultantes.

Pese a todo, se practica la partición en la forma pretendida por las demandantes imponiendo así su criterio a la discrepante, sin ostentar aquellas la mayoría exigida por el ya analizado artículo 165 de la LDCG.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso

QUINTO: En cuanto a las costas procede imponer las de primera instancia a la parte demandante ex artículo 394.1 LEC, tal y como hace el juzgador de instancia, al ser desestimada íntegramente la demanda; sin que haya lugar a especial pronunciamiento en las de apelación ni en las del presente recurso estimado (art. 398 LEC).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Lidia, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense con fecha de 15 de mayo de 2006 (rollo de apelación 123/2006), la que casamos y anulamos dejando subsistente la de primera instancia que revocó, imponiendo las costas de esa instancia a la parte demandante, sin imposición de las de este recurso ni de segunda instancia.

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

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

Firmados: - Juan José Reigosa González.- Pablo A. Sande García.- José Antonio Ballester Pascual.- Rubricados".

La anterior sentencia fue publicada en el mismo día de su fecha.