



Roj: **STSJ GAL 5170/2014 - ECLI:ES:TSGAL:2014:5170**

Id Cendoj: **15030310012014100018**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2014**

Nº de Recurso: **3/2014**

Nº de Resolución: **35/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JUAN JOSE REIGOSA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00035/2014**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

A Coruña, treinta de Junio dos mil catorce, 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 Ballesteros Pascual dictó

**EN NO MBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO**

En el recurso de casación nº **3/2014** interpuesto por D<sup>a</sup> Julia , representada por el procurador D<sup>o</sup> Juan Fernández Rodríguez asistido por el letrado D<sup>o</sup> Carlos-Fernando Lamela Pérez, y en el que es parte recurrida D<sup>a</sup> Rafaela y otros, representados por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Pérez García asistidos por el letrado D<sup>o</sup> José Antonio Carnero Blanco, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 3 de diciembre 2013 (rollo de apelación 602/2013 ), como consecuencia de los autos de Juicio Ordinario número 385/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 Chantada, sobre partición hereditaria.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** 1. El procurador D<sup>o</sup> Alejandro Mato Calviño, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Julia , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Chantada, formuló el día 13/7/2011 demanda de juicio ordinario sobre nulidad de cuaderno particional, contra D<sup>o</sup> Luis Carlos y otros. En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho tenidos por convenientes, termina solicitando sentencia por la que se declare la nulidad de la partición efectuada por los contadores partidores D. Artemio , D. Demetrio y D. Fidel , en fecha 24 de mayo de 2011, y protocolizada en la Notaría de Chantada en fecha 26 de Mayo 2011, nº 676 del Protocolo del Notario de Chantada D. Eduardo Díez Fernández-Barbé, en la cual se particiona la herencia de D<sup>a</sup> Natalia , todo ello con imposición de costas a los demandados.

2. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, convocándose a las partes a la celebración de la audiencia previa, admitiéndose toda la prueba propuesta. Ambas partes comparecieron al acto del juicio donde se practicó toda la prueba, formulando los letrados las conclusiones, quedando los autos pendientes para sentencia.



3. El Juez del Juzgado de Primera Instancia número de dictó sentencia con fecha 2 de septiembre 2013 , cuyo fallo es como sigue:

Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Julia .

Se condena a la parte actora al pago de las costas procesales.

**SEGUNDO** : Interpuesto recurso de apelación por la representación de la demandante contra la sentencia de primera instancia y tramitada la alzada, la Audiencia Provincial de dictó sentencia con fecha de 3 de diciembre de dos mil trece , cuya parte dispositiva dice:

Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 2 de septiembre de 2013 por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de Chantada , debemos confirmar y confirmamos la misma y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

**TERCERO** : 1. La representación de la demandante presentó escrito el 4/1/2014 por el que interpuso recurso de casación para ante esta Sala contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Ésta, por medio de Diligencia de Ordenación de 15/1/2014, tuvo por interpuesto el recurso de casación y emplazó a las partes ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a la que acordó remitir los autos.

2. La Sala dictó auto con fecha 14/3/2014 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto al reunirse los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 477 de la LEC , y seguir los trámites previstos en los artículos 485 y siguientes de la misma Ley .

La recurrida presentó el 8/4/2014 escrito de oposición al recurso, señalándose el día 10 de junio siguiente para votación y fallo del mismo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** : A lo largo de sus tres motivos se citan como infringidos los artículos 248 , 292.1 y 204 de la LDCG 2/2006, de 14 de Junio , y conjuntamente con ellos de los artículos 841 , 844 del Código Civil , lógicamente todos ellos relativos a la partición hereditaria y potestades de los contadores-partidores, materia ampliamente contemplada por la vigente LDCG. No obstante dada la especialidad de cada precepto procede su examen separado conforme se citan en cada uno de los motivos del recurso.

Pero en todo caso teniendo en cuenta que lo peticionado tanto en el suplico de la demanda como en el presente recurso de casación, es la declaración de nulidad de la partición realizada, conviene adelantar los principios por los que se rige esta materia, reiteradamente reseñados por el Tribunal Supremo frente a la precaria regulación de la cuestión en el Código Civil y por supuesto en la LDCG frente a la que resulta aquél supletorio.

En efecto la jurisprudencia ha sido la que ha ido elaborando de una manera más precisa el régimen jurídico de la impugnación de las particiones, acudiendo frecuentemente al procedimiento analógico en relación con las normas de la nulidad y anulabilidad de los contratos, siendo dicho régimen el resultado de dos principios fundamentales: el principio de adecuación de la partición a las cuotas hereditarias -testamentarias o abintestato-, que quiere la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa de los lotes hereditarios en relación a los derechos de cada heredero, y el principio de conservación de la partición (favor particiones) que, partiendo de la complejidad propia de la misma, pretende evitar su continua revisión, de manera que siempre habrá de buscarse, en lo posible, la fórmula que logre subsanar las deficiencias de la partición efectuada, sin tener que practicar otra nueva, lo que contribuye a la seguridad jurídica y a la estabilidad de las adjudicaciones.

Y por lo que se refiere a las causas de nulidad absoluta la jurisprudencia cita todas aquella que afectan a los elementos esenciales de la partición, tales como: falta de consentimiento de uno de los coherederos o del contador partidor, falta de alguno de los presupuestos que le sirven de causa (la supervivencia del testador, la nulidad del testamento con referencia al cual se practicó la partición, etc).

Como causa de anulabilidad cabe señalar todas las referidas a la capacidad de obrar y la existencia de vicios del consentimiento.

**SEGUNDO** : Partiendo de los anteriores principios, examinaremos individualmente cada uno de los motivos en los que se fundamenta el recurso. Así en el primero se considera vulnerado por inaplicación el artículo 248 de la LDCG y los artículos 841 y 844 del Código Civil , sin perjuicio de referirse a continuación a los artículos 1392 a 1410 y 1061 del mismo texto. El citado 248 contempla la posibilidad de pagar la legítima, además del heredero, al contador-partidor, salvando la facultad del heredero la opción de pagarla en metálico extrahereditario, refiriéndose los 841 y 844 del Código Civil , relativos al pago de la porción hereditaria en casos especiales, a la adjudicación de los bienes hereditarios con expresa referencia al pago en metálico con los pertinentes condicionamientos. Por su parte los artículos 1392 a 1410 contemplan la liquidación de la



sociedad de gananciales, señalando el último de ellos, como norma de cierre, que en lo no previsto se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, mientras que el 1061 exige que en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

En definitiva, partiendo de tales preceptos, fundamenta la recurrente el motivo en "la falta de homogeneidad en los cupos y el pago en metálico extrahereditario de la parte que corresponde a varios herederos, entre ellos Julia ", actual demandante.

Citamos el contenido de todos los artículos esgrimidos en este motivo para poner previamente de relieve la heterogénea e indiscriminada mezcla de preceptos en un mismo motivo a partir de uno de la LDCG, como es el 248 que se presenta como base de esta impugnación, que poca relación guarda con algunos de los otros preceptos del Código Civil, pues partiendo de la potestad y limitaciones que al contador partidador confiere aquél precepto, se desarrolla después el motivo alegando la inexistencia de homogeneidad en la formación de los cupos con referencia al inventario de bienes formalizado judicialmente en el procedimiento nº 477/2010, impetrando que el 11,11% de los derechos hereditarios adquiridos por la sociedad conyugal se adjudicara a cada heredero en un porcentaje del 1,5% o 2% evitando compensaciones en metálico.

En realidad el precepto de la LDCG del que parte la fundamentación del recurso y justifica la competencia de esta Sala, es ajeno a la liquidación de la sociedad de gananciales o formación de los correspondientes lotes en la partición hereditaria, sembrando con ello la recurrente confusión en el desarrollo del motivo con tan indiscriminada cita de preceptos lo cual es impropio de la casación al generar falta de claridad y cierto confusiónismo, como al efecto ha declarado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala (SSTS 5-2-2006 , 2 y 11-7-2007 y 2-10-2007 , citadas ya por la del TSJG nº 23/2008, de 11/11 ), al margen de que en su desarrollo incide también en cuestiones de valoración probatoria con relación a la pericial practicada lo cual es competencia de instancia o en todo caso materia propia de un motivo de infracción procesal que aquí no se ha ejercitado. Pretende la recurrente que se realice una partición de los bienes hereditarios de manera distinta a como se hizo por el contador partidador y tendiendo a una excesiva división o fragmentación de la propiedad entre todos los herederos que no puede encontrar amparo en este recurso en cuanto supondría incidir en la valoración y reparto realizado en el cuaderno particional que no puede justificarse con los preceptos que se citan en el presente motivo.

Y con referencia a discrepancias en la partición hereditaria, debemos señalar que, para un caso análogo al presente donde el recurrente mostraba su disconformidad con las operaciones divisorias combatiendo también la divisibilidad o indivisibilidad de bienes inmuebles, la STS de 6/10/2000 , desestimatoria del recurso, realizaba la siguiente conclusión: En definitiva, mediante este último motivo el recurrente, tras un juicio voluntario de testamentaria y un juicio ordinario derivado en el que las sentencias de las dos instancias fueron totalmente conformes en considerar correcto el proyecto del contador dirimente, no hace otra cosa que insistir en sus propios criterios de partición dando por supuesto que son los más justos y equitativos, lo que equivale a servirse del recurso de casación como medio para que sea el Tribunal Supremo quien finalmente haga la partición, algo que, evidentemente, desconoce su rango constitucional y legal de órgano de casación al que se le encomienda revisar la aplicación del derecho dejando intocados los hechos ( STC 37/95 ).

Significar igualmente que ya desde antiguo la jurisprudencia ha venido afirmando la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, tanto contractuales como las judiciales, como se deduce de los artículos 1056 , 1057 , 1079 y 1080 del Código Civil , para evitar situaciones que se presentan más complejas y con dificultades de realización práctica, de volver al estado de indivisión hereditaria ( sentencias de 17-4-1943 , 17-3 y 5-10-1955 , 25-2-1969 y 15-6-1982 y 31-10-1996 ).

En definitiva los argumentos y preceptos que se citan en su apoyo no son suficientes para determinar la pretendida anulación de la partición impugnada, procediendo la desestimación del motivo.

**TERCERO** : En el segundo motivo la recurrente considera vulnerado por inaplicación el artículo 292.1 de la LDCG en cuanto establece que el contador-partidador deberá hacer la partición total de la herencia. Precepto que estima infringido porque únicamente se liquida la sociedad de gananciales, en cuanto los contadores hacen la partición con el inventario formado judicialmente de la sociedad de gananciales y con la valoración pericial que les proporciona el cónyuge viudo, por lo que alega que los contadores realizaron una partición parcial del haber hereditario de la causante.

Pese a lo que alega la recurrente, como bien señala la recurrida, no se desprende de la sentencia que algún bien en concreto hubiere quedado al margen del reparto hereditario con parcial práctica de la partición, al contrario lo que la sentencia señala es que para el supuesto de que no se hubiese efectuado la total partición de la



herencia, ello daría lugar a un complemento de la partición, pero en modo alguno determinaría la nulidad, que es lo inicialmente solicitado.

Nos remitimos a lo anteriormente dicho en el sentido que es impropio de la casación poner en cuestión los hechos probados de instancia, por lo que el fundamento del presente motivo no puede propiciar la nulidad de la partición realizada. En efecto, la recurrente en el motivo pretende inútilmente desvirtuar tal valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia, olvidando que ello es impropio de la casación pues como hemos reiterado en multitud de ocasiones la casación al ser un juicio jurídico sobre el enjuiciamiento, consiste en verificar si la resolución recurrida ha efectuado una correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos previamente fijados; de lo que deriva que no es una tercera instancia, por lo que no cabe entrar en los hechos, revisar la prueba, ni tampoco, hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de datos fácticos distintos a los declarados probados en la instancia (Vid. SSTSJG nº 22/2007, de 12 / 12, nº 2/2008, de 30/1 y nº 10/2009, de 23/4 , y del Tribunal Supremo de 17/1/ 2005 , 20/7 y 11/11 de 2006 y 26/2010 de 24/11 ).

Y como también declarábamos en nuestra sentencia nº 4/210, de 2/3: En suma nos enfrentamos con una cuestión probatoria y sabido es, en orden al recurso de casación, el obligado respeto a los hechos de instancia, pues como ha declarado muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida por esta misma Sala (SSTSJG de 24-7 y 11-10-2001 y 26-1 y 15-2-2002 ), la valoración de la prueba es competencia soberana del Tribunal de instancia, siendo por ello intangibles los hechos que el mismo declara probados, salvo que excepcionalmente la valoración probatoria resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia (Vid. STS de 15 de noviembre de 1997 , 15 de abril de 1998 , 1 de febrero de 1999 y 1-3-1999 ). Y aún así tal impugnación en la actualidad debería articularse por la vía de un motivo o recurso de infracción procesal aquí no utilizada.

En el tercero y último motivo se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 204 LDCG relativo a la condición impuesta en el testamento de cuidar y asistir al testador, estimando la recurrente que tal condición resolutoria debería hacerse constar en la partición así como en la inscripción registral. Considera que al no haber reflejado los contadores en la partición dicha condición adjudicando los bienes al mejorado bajo la misma existe una causa de nulidad absoluta.

Ciertamente dicho precepto admite la posibilidad de que el testador imponga tal condición y sin duda tendrá efecto la resolución si no fuere cumplida por el heredero obligado, pero ello no es determinante de que la partición fuere nula por la circunstancia de que la misma no se hiciera constar de manera expresa en la partición, sin perjuicio de que con posterioridad se pueda proveer a todas los efectos derivados de la misma. Tal condición, no cumplida al tiempo de realizarse al partición de la herencia de la madre, ningún efecto resolutorio puede producir, y con respecto a la futura del otro cónyuge su efecto se deferirá para cuando llegue el momento, sin que su falta de designación en la partición o en la inscripción registral obvie por sí sola su contenido conforme queda reflejada en el testamento.

Razones por las que también procede desestimar ambos motivos y con ello el recurso.

**CUARTO:** La desestimación de los motivos en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento ex artículo 487.2 LEC ). En lo tocante a las costas del recurso, procede su imposición ex artículos 394.1 y 398.1 LEC ; y por lo que hace al depósito constituido para recurrir, procede declarar su pérdida ( disposición adicional decimoquinta, punto 9, de la LOPJ ).

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

## FALLAMOS

**No** haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Julia , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo con fecha de 3 de diciembre 2013 (rollo de apelación 602/2013 ); la cual confirmamos, con imposición de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y 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.