



Roj: **STSJ GAL 5172/2014 - ECLI:ES:TJGAL:2014:5172**

Id Cendoj: **15030310012014100019**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2014**

Nº de Recurso: **32/2013**

Nº de Resolución: **29/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00029/2014

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, treinta 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 32/2013, interpuesto, en nombre y representación de doña Felicidad , por el procurador don Antonio F. Cuns Núñez, con la dirección letrada de don Javier Pascual Garofano, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña el 11 de septiembre de 2013, en el rollo número 147/2013 , conociendo en segunda instancia de los autos de Procedimiento Ordinario número 3/2012, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Negreira (A Coruña), sobre nulidad de partición y rectificación en el Registro de la Propiedad, siendo recurrido don Aurelio , representado por el procurador don Diego Ramos Rodríguez y asistido por la letrada doña Ana Vázquez Cardame.

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

Antecedentes de hecho

Primero .- La aquí recurrente interpuso con fecha de registro de 1 de febrero de 2012 demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Negreira, contra don Aurelio , en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia "declarando renunciado el cargo de contador-partidor por parte de don Estanislao y don Higinio . Declarando en consecuencia la nulidad de la partición efectuada por don Estanislao . Condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones. Remitiéndose mandamiento de la sentencia, a los efectos oportunos a los Registros de la Propiedad de Negreira, Muros y número 9 de Madrid. Con condena en costas de la instancia, si se opusiere el demandado".



Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, 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 17 de octubre de 2012 se celebró la vista del juicio, se practicó la prueba propuesta y declarada pertinente quedando los autos vistos para sentencia, la cual fue dictada el 14 de noviembre de 2012 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador don Antonio Cuns Núñez, en nombre y representación de doña Felicidad contra don Aurelio debo declarar y declaro:

Renunciado el cargo de contador-partidor de don Estanislao y don Higinio, en relación a la partición de la herencia de don Prudencio. La nulidad de la partición realizada por don Estanislao y protocolizada en fecha 22 de febrero de 2008, ante la Notario doña Fátima Vázquez Espierrez. No ha lugar a librar los mandamientos solicitados, al no haberse interesado la cancelación de ningún asiento registral. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

Segundo.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. El 11 de septiembre de 2013 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con el siguiente fallo:

Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, resuelve:

1º.- Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandado don Aurelio, contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2012 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Negreira, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 30 de 2012, y en el que es demandante doña Felicidad.

2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar: desestimando la demanda formulada por doña Felicidad contra don Aurelio, debemos absolver y absolvemos al demandado de las pretensiones formuladas en la demanda; sin expresa imposición de las costas causadas.

3º.- No se imponen las costas devengadas por el recurso.

4º.- La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido para apelar. Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de instancia a expedir mandamiento de devolución a favor de don Aurelio por el importe del depósito constituido.

5º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía y siendo esta inferior a 600.000 euros y superior a 3.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 ?) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0147 13 para el recurso, de casación, y con la clave 1524 0000 04 0147 13 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, con el escrito de interposición también deberá adjuntarse el justificante de pago, debidamente validado, de la "tasa por el ejercicio de la potestad



jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social", por una cuota tributaria fija de 1.200 euros, incrementada en la parte variable de la cuota que establece el artículo 7.2 de la citada Ley, sin cuyo requisito no se podrá dar curso al escrito.

6°.- Firme que sea la presente resolución, librese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Negreira, con devolución de los autos".

Tercero .- La parte demandante interpuso con fecha 17 de octubre de 2013 recurso de casación y de infracción procesal 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 3 de enero siguiente. Por providencia de 22 de enero se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 11 de marzo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En su escrito de oposición, en ejercicio de la facultad procesal que le confiere el párrafo segundo del artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la parte recurrida llama nuestra atención sobre la indebida admisión del recurso por no haber sido interpuesto en forma dentro del plazo de veinte días establecido en su artículo 479.1, de modo que incurre en la causa de inadmisión, desestimación en este momento procesal, prevista en el artículo 483.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : defecto de forma insubsanable.

En efecto, la notificación electrónica de la sentencia ahora recurrida, dictada en segunda instancia, fue recibida el día doce de septiembre de 2013, luego se tiene por notificada el siguiente día hábil, el viernes día trece y el plazo de veinte días hábiles comienza a contar desde el siguiente día hábil a la notificación, el lunes dieciséis, de modo que concluye el lunes catorce de octubre, si bien se pueden presentar escritos hasta las quince horas del día posterior, el martes quince de octubre (artículos, 133.1 y 2 , 135.1 , 151.2 y 162.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El escrito de interposición del recurso se presenta el día once de octubre, según denota el sello rojo obrante al folio 30 del rollo de apelación, pero no es sino el día quince, último día del plazo de presentación según hemos indicado, cuando se dicta diligencia de ordenación por la que se devuelve el escrito a la parte por no constar los traslados impuestos por el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notemos que la Audiencia Provincial no toma su decisión el siguiente día hábil a la presentación, el lunes catorce de octubre, de manera que privó a la parte recurrente de subsanar el defecto por la falta de traslados dentro del plazo de presentación de escritos que se extendía hasta las quince horas del martes quince de octubre. Por esta razón, hasta el día diecisiete de octubre no se presenta en forma el escrito de interposición del recurso que se admite por diligencia de ordenación del siguiente día dieciocho

En consecuencia no podemos atender el motivo de inadmisión que se nos propone y basta con recordar sobre el particular la jurisprudencia (por todas, fundamento jurídico cuarto de la STS 587/2010, de 29 de septiembre y las citadas en ella) sentada por el Tribunal Supremo: "De acuerdo con el criterio sostenido en esta sentencia, el plazo de que disponen las partes para la formulación del recurso por determinación legal es un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquellas, pero tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal, en concreto, en este caso, los establecidos en el artículo 276.1 y 2 LEC . Presentado el escrito sin dar cumplimiento al requisito y sin agotar el plazo previsto para su presentación, la diligencia exigible al órgano judicial impone una actuación inmediata de éste dirigida a hacer posible la subsanación de la falta dentro del término conferido para la presentación del mismo. Por ello, esta Sala no ha permitido que prosperaran las impugnaciones en aquellos casos en los que la parte efectuó el acto procesal el último día del plazo legalmente previsto para su realización, ya que al órgano judicial no le era posible habilitar un trámite de subsanación que permitiera a la parte cumplir con el requisito dentro del término preceptuado (AATS de 14 de febrero de 2006, RQ n.º 916/2005 , 13 de octubre de 2004, RC n.º 3019/2001 , 20 de enero de 2009, RC n.º 2351/2005 y 17 de noviembre de 2009, RC n.º 2081/2006), y ha estimado el recurso cuando sí era posible -atendido que no había sido agotado el plazo de presentación- habilitar dicho trámite (ATS de 17 de febrero de 2009, RC n.º 1488/2006)".

Se desestima, pues, la causa de inadmisión aducida.

SEGUNDO: Por razones de orden práctico y para centrarnos en la cuestión nuclear, parece oportuno comenzar el análisis del recurso por el motivo de infracción procesal que se nos presenta en el epígrafe 1.3 del recurso: "Vulneración de las normas reguladoras de la sentencia. Artículos 469.1.2º y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Motivación de la sentencia".



Se nos indica que este motivo puede incardinarse también en el ordinal cuarto del apartado segundo del citado artículo 469 de la Ley adjetiva y en realidad así es por cuanto lo que se alega es un " error patente y notorio y una interpretación irrazonable de los medios de prueba practicados". Se arguye, para llegar a esta conclusión, que el "buro-fax" en el que el Sr. Estanislao , contador-partidor testamentario, "garabateó" la fecha de su aceptación no es fehaciente y hemos de compartir la tesis de la parte recurrente.

En efecto, como recoge la sentencia de primera instancia en su fundamento segundo, la aceptación por parte del Sr. Estanislao del cargo de contador-partidor se efectuó en el despacho y en presencia del heredero, el demandado don Aurelio , luego es evidente, por una parte, que lo manuscrito por el contador no forma parte del documento en el que consta el previo requerimiento (folios 58 y 59): es un añadido; y, por otra, que esa aceptación no se remitió al requirente por ningún medio de comunicación postal o telegráfico: era innecesario porque el Sr. Aurelio se encontraba en su despacho.

Pero sucede más. La demanda rectora de estos autos se encamina a la nulidad de la partición efectuada por el Sr. Estanislao , contador-partidor testamentario, sobre la base de su falta de aceptación, luego impugna, porque es la esencia de su casusa de pedir, los documentos en los que se apoya la supuesta aceptación en plazo (véanse sus expresivos fundamentos quinto y sexto). Sin embargo, no consta en las actuaciones, como bien se nos indica, porque ni siquiera la parte demandada lo solicitó (véase su proposición de prueba a los folios 154 y siguientes) la certificación acreditativa de que el requerimiento de aceptación se hubiera efectuado por buro-fax, como corrobora, además, la simple comparación de los documentos obrantes a folios 58 y 59 con los aportados en los folios siguientes.

Más aún. El requerimiento de aceptación obrante al folio 59, enviado por "buro-fax" según se alega, ni siquiera lleva, ni en su anverso ni en su reverso, el sello de la oficina de correos desde la que supuestamente se remitió, porque no podemos olvidar que este medio de transmisión no sólo deja constancia del envío sino también del contenido enviado. Así, nada vincula este documento con el obrante al folio 58 (reporte de envío), de modo que no podemos entender que nos encontramos en presencia de un documento presentado en una oficina pública, por lo que, en el mejor de los casos, estaríamos ante un buro-fax sin certificación de contenido, sin fehaciencia.

El documento que contiene el requerimiento y su añadido a mano constituye, pues, un documento privado. En consecuencia, en la medida en que la sentencia apelada da por acreditada la fecha de la aceptación, incumple una regla básica de valoración: la fecha estampada en un documento privado no puede surtir efectos frente a terceros mientras esa fecha no se acredite por otros medios. Pero esos otros medios no pueden ser, por razones obvias, las meras manifestaciones de los firmantes del documento (Fj 3º de la sentencia del Tribunal Supremo 1231/2007, de 13 de noviembre y todas aquellas en que se apoya). Se vulneran así las reglas de valoración contenidas en los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil y 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La estimación de este motivo de infracción procesal hace innecesario el análisis del resto y, en aplicación de lo establecido en la regla 7ª de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pasamos a examinar el de casación.

TERCERO: El motivo de casación gira en torno a la vulneración del artículo 290 de la vigente Ley de derecho civil de Galicia , aplicable al caso a tenor de lo establecido en su disposición transitoria segunda.

Conviene efectuar dos precisiones antes de analizar el motivo. La primera que, aunque de forma incorrecta se nos presenta por la vía del interés casacional pese a que el procedimiento ha cursado por los trámites del juicio ordinario en razón de la cuantía, este defecto procesal (por todas STSJG 26/14, de 13 de marzo y las citadas por ella) es intrascendente siempre que se expresa el precepto sustantivo infringido y se razone en consecuencia, cual ha ocurrido en el presente caso.

La segunda que, en efecto, la disposición transitoria mencionada no admite duda y ha generalizado aquello que este Tribunal ya en su día estableció con relación a la innovación de la partición por mayoría introducida por la Ley de derecho civil de Galicia de 1995. En este sentido conviene recordar que la partición por contador-partidor se regula en la sección tercera del Capítulo VII - "De la partición de la herencia", del Título X - "de la sucesión por causa de muerte" - de la actual LDCG.

Parece aconsejable transcribir la cláusula novena del testamento abierto otorgado por el causante, don Prudencio el día cinco de agosto de 2005: "Nombra comisario contador-partidor de su herencia con las más amplias facultades, para el supuesto de intervenir por cualquier circunstancia, a don Estanislao , ingeniero técnico agrícola, vecino de Cabana de Bergantiños y, en su defecto, a don Higinio , abogado, vecino de Santiago, respectivamente, que intervendrán cuando sean requeridos fehacientemente, prorrogándose el plazo legal por dos años más". En la cláusula octava prohíbe la intervención judicial.



Queda patente la voluntad del testador acerca de no imponer expresamente la intervención del contador-partidor (artículo 288.1 de la LDCG de 2006 y 164 de la de 1995) y de no someterse a la regulación meramente dispositiva del Código Civil sobre la aceptación, siguiendo un práctico uso notarial.

Vista la dicción del artículo 290 de la LDCG de 2006 no hay duda, sin mayor elucidación, de que el plazo que se establece es civil; de caducidad por tanto; y esencial, a tenor de las fatales consecuencias -renuncia al cargo de contador-partidor testamentario- que se anudan a su incumplimiento en tanto en cuanto impiden una aceptación posterior dada la presunción "iuris et de iure" que se impone, sin perjuicio, claro está, de que los partícipes puedan practicar la partición del modo que tengan por conveniente en los términos de los artículos 294 y siguientes de la LDCG .

El precepto de referencia, que modifica sustancialmente la regulación del Código Civil sobre el particular, exige tan sólo que la aceptación sea expresa, luego, excluidas las manifestaciones de consentimiento tácitas o presuntas, basta con que pueda resultar acreditada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho sin necesidad de que revista una forma concreta.

Si el plazo ha de tener alguna efectividad, la aceptación ha de ser recepticia, desde luego, es obvio, para el partícipe en la comunidad hereditaria requirente, pero si se quiere eludir el inicio de cualquier otro modo de partición, incluida la judicial, no sólo las ineludibles exigencias de la buena fe entre comuneros imponen la necesidad de que el requirente comunique la aceptación a todos los demás, pues en realidad, con el requerimiento y posterior aceptación, se ejercita la facultad de pedir la división (artículos 400 , 1051 y 1.052 del CC) del patrimonio compartido y esta facultad, aunque se ponga en práctica por el contador- partidor de forma unilateral, se dirige contra los demás comuneros, luego no puede hacerse a espaldas o sin conocimiento de todos los interesados, porque éstos, en cuanto miembros de la comunidad no son meros sujetos pasivos sino que están facultados para valorar si se dan las circunstancias queridas por el testador (cláusula novena del testamento) o si ha impuesto expresamente o no su intervención (artículo 288.1de la LDCG); porque el inventario no necesariamente ha de ser realizado exclusivamente por él (artículo 291 de la LDCG); porque su facultad de entregar los legados también es potestativa (artículo 292.2 de la LDCG); porque para partir la sociedad legal de gananciales ha de contar con los coherederos y el cónyuge supérstite (artículo 293 de la LDCG); y porque, en definitiva, el contador-partidor testamentario, sin facultades dispositivas, ha de sujetarse a la voluntad del testador, de modo que los herederos, todos, en cuanto sucesores del causante, están legitimados para velar por su cumplimiento.

De otra manera, como ha sucedido en el presente caso, una heredera, doña Felicidad , inició pleito y el otro, don Aurelio , acudió a la notaría a protocolizar junto con el contador la partición realizada por éste. Confluyeron en el juzgado, lo que no quería el testador.

La consecuencia de lo expuesto con anterioridad no puede ser otra que la estimación del motivo, por cuanto ni el primero de los contadores-partidores, Sr. Estanislao , aceptó en tiempo, como se ha razonado en el fundamento anterior, ni tampoco el segundo en orden de preferencia cuando al primero se le tuvo por renunciado, Sr. Higinio , pese a que ambos fueron requeridos sucesivamente a través de acta notarial por la heredera doña Felicidad , pero callaron. Por tanto, cuando el Sr. Estanislao hace la partición carecía de facultades porque había renunciado a su cargo: ya no era contador-partidor.

El motivo, pues, se estima.

CUARTO: No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en este grado. Las de primera y segunda instancias se imponen a la parte demandada y apelante. Todo de acuerdo con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Devuélvase el depósito constituido de acuerdo con el apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

PARTE DISPOSITIVA

Estimando el recurso de casación presentado por el procurador Sr. Cuns Núñez en nombre y representación de doña Felicidad contra la sentencia dictada el día once de septiembre de 2013 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el rollo número 147/2013 , con revocación de la misma y confirmación de la dictada en primera instancia, debemos declarar y declaramos:

-Renunciado el cargo de contador-partidor por parte de don Estanislao y de don Higinio , en relación a la herencia de don Prudencio .

-La nulidad de la partición realizada por don Estanislao y protocolizada en fecha 22 de febrero de 2008 ante la Sra. notaria doña Fátima Vázquez Espierrez.



- No ha lugar a librar los mandamientos solicitados.
- Se imponen las costas de primera y segunda instancias a la parte demandada y apelante.

No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en este grado.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ