



Roj: **STSJ GAL 5471/2014 - ECLI:ES:TSGAL:2014:5471**

Id Cendoj: **15030310012014100031**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2014**

Nº de Recurso: **23/2013**

Nº de Resolución: **17/2014**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00017/2014**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

**Sala de lo Civil y Penal**

**SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente:

Juan José Reigosa González

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo Saavedra Rodríguez

Don José Antonio Ballester Pascual.

A Coruña, once de marzo 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 23/2013 interpuesto, por la representación procesal de doña Adelina , y aquí representada por el procurador don Ignacio Pardo de Vera López, con la dirección letrada de don Jesús Seoane Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, el 12 de abril de 2013, en el rollo número 525/12 conociendo en segunda instancia de los autos del Procedimiento Ordinario número 2088/09, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol, sobre nulidad de escritura de cese y nombramiento de contadores-partidores, siendo recurridos don Victorio , doña Elisenda , Elisenda , y doña Sabina , representados por la procuradora doña Montserrat Bermúdez Tasende y asistidos por el letrado don Pedro Blázquez Fragoso el primero y por la letrado doña Olga Tasende Criado los tres restantes.

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

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO:** La aquí recurrente interpuso con fecha de registro de 15 de diciembre de 2009 demanda de procedimiento ordinario contra los aquí recurridos don Victorio , doña Elisenda , Elisenda , y doña Sabina , ante el Juzgado Decano de Ferrol, la cual fue turnada al Juzgado número Uno, y en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, termino suplicando que se dicte sentencia por la cual se declare: "DON Victorio , DOÑA Filomena , DOÑA Montserrat , DOÑA Elisenda y DOÑA Elisenda Y DOÑA Sabina , emplazándolos en legal forma para que, si a su derecho conviene, se personen y contesten a la misma; y una



vez sea seguido este juicio por sus oportunos trámites, incluso con los de recibimiento a prueba y práctica de la misma, se sirva dictar sentencia por la cual, con admisión de nuestros pedimentos, se declare:

a) La nulidad de la ESCRITURA DE CESE Y **NO** MBRAMIENTO DE COMISARIOS, ALBACEAS y CONTADORES-PARTIDORES, ante el Notario de Ferrol, Don Manuel Aceituno Pérez, con el nº 684 de su protocolo y todas las actuaciones que en virtud de la misma se han efectuado y, de modo específico, los cuadernos particionales realizados por don Serafin , en su condición de albacea comisario y contador partididor de ausentes, doña Felisa , de fecha 15 de diciembre de 2005 (autorizado por el notario de Ferrol, Don José Cora Guerreiro, con el nº 1.670 de su protocolo) y don Carlos , mayo de 2007 (autorizado por el notario de Ferrol, Don Bruno Otero Afonso, con el nº 2.388 de su protocolo).

b) Con carácter subsidiario, la rescisión de la partición contenida en el cuaderno particional realizado por don Serafin , en su condición de albacea comisario y contador partididor de la causante, doña Felisa , de fecha 15 de diciembre de 2005 (autorizado por el notario de Ferrol, Don José Cora Guerreiro, con el nº 1.670 de su protocolo) por causa de la lesión ocasionada a mi poderdante, DOÑA Adelina , en más de la cuarta parte de lo que le fue adjudicado en dicha partición, atendido el valor de su participación en la herencia de la citada causante cuando se efectuó esa adjudicación y, en todo caso, por causa de lesión en su legítima, con un perjuicio, con relación a esta última, que se concretara conforme al valor resultante de los informes periciales que se acompañaran al amparo del art. 337.1 LEC , tal y como se pone de manifiesto en el otrosí de esta demanda, o en su defecto, en la que, como lesión, se fije pericialmente dentro de estos autos y con sujeción al ponderado criterio de S.Sa Ilma.; dejando sin efecto alguno la mencionada partición, y decretando la nulidad, en su caso, de cuantas inscripciones y anotaciones se hubieren efectuado en los Registros de la Propiedad y Mercantil respecto de aquellas fincas y participaciones sociales que fueron adjudicadas e inscritas o anotadas a favor de todos y cada uno de los coherederos y si así afectase a lo que sea o pueda ser objeto de nueva partición; y condenando a los demandados a indemnizar el daño causado al actor o a consentir que se proceda a una nueva partición; con imposición a los mismos de las costas causadas en este proceso".

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a los demandados, los que contestaron haciéndolo en nombre de D. Victorio la Procuradora D<sup>a</sup>. Susana Díaz Gallego, oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos que consideró oportunos, solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

En nombre y representación de los demandados D<sup>a</sup>. Elisenda , D<sup>a</sup>. Sabina y D<sup>a</sup>. Elisenda contestó la Procuradora D<sup>a</sup>. Susana Díaz Gallego, oponiéndose a la demanda y tras aducir los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes terminó solicitando que se dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones deducidas contra ella y con imposición de costas a la parte demandante.

Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa, prevista en los artículos 414 y siguientes de la LEC , ésta se celebró el día 23 de noviembre de 2010, a la que comparecieron las partes, se intentó la conciliación sin éxito y a continuación se admitió la prueba propuesta y se señaló día y hora para la celebración del acto de juicio, el que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2011 y al que comparecieron las partes y se declararon los autos vistos para sentencia, la que se dictó con fecha del 4 de abril de 2012 y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora D<sup>a</sup> Fátima Pereira Santelesforo, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Adelina , contra D. Victorio , D<sup>a</sup>. Filomena , D<sup>a</sup>. Montserrat , D<sup>a</sup>. Elisenda , D<sup>a</sup>. Sabina y D<sup>a</sup>. Elisenda , debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos contra ella contenidos en el suplico de la demanda rectora de los presentes autos.

SEGUNDO: Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la aquí recurrente D<sup>a</sup>. Adelina . Con fecha 12 de abril 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 desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante doña Adelina , contra la sentencia dictada el 4 de abril de 2012 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol , en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 2088 de 2009, y en el que son demandados don Victorio , doña Elisenda , doña Elisenda , doña Sabina , doña Filomena y doña Montserrat .

2º.- Se confirma la sentencia apelada.

3º.- Se imponen a la apelante doña Adelina las costas devengadas por su recurso.



4º.- En cuanto a los depósitos constituidos: (a) Procédase por el Sr. secretario del Juzgado de Primera Instancia a transferir el depósito constituido por doña Adelina para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (b) No constando que se haya transferido, dese destino legal al depósito de 25 euros constituido por don Victorio el 1 de febrero de 2010 (página 124). (c) Resuélvase por el Juzgado sobre el destino del depósito de 25 euros constituido por don Victorio el 4 de junio de 2012 (página 1545).

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 ésta superior a 600.000 euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 2º 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 infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, así como recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. 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 0525 12 para el recurso de casación, y con la clave

1524 0000 04 0525 12 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.

6º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ferrol, con devolución de los autos.

TERCERO: Con fecha 22 de mayo de 2013 para ante esta Sala la parte demandante-apelante interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia dictada el anterior 12 de abril de 2013 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña. Esta por Diligencia de Ordenación de 6 de junio de 2013, acordó remitir las actuaciones a este Tribunal y emplazar a las partes para su comparecencia ante el mismo por 30 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 20 de junio por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de las recurridas, la Procuradora doña Montserrat Bermúdez Tasende formalizó escritos de oposición del recurso el 3 de octubre de 2013.

La Sala por providencia de 21 de octubre de 2013, señaló día, el pasado 19 de noviembre, para la votación y fallo del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Para una correcta solución al problema que se nos plantea parece conveniente resumir los hechos, no discutidos en cuanto constan en documentos públicos: el día once de septiembre de 1997 doña Felisa y don Carlos, ambos de vecindad civil gallega y padres de la demandante, otorgan testamento mancomunado en el que, en lo que interesa y tras atribuirse recíprocamente el usufructo universal y vitalicio de viudedad, "instituyen - cláusula segunda - herederos a sus siete hijos, en la forma y proporción que resulta de las adjudicaciones que seguidamente se realizan con arreglo a los artículos 157 y siguientes de la Ley de derecho civil de Galicia.



Las adjudicaciones se imputarán al tercio de legítima, y se consideran las diferencias de valor como mejora o legado con cargo al tercio de libre disposición, de suerte que el único derecho que con carácter general otorgan los testadores a sus hijos es el de legítima estricta no pudiendo reclamar nada en cuanto esta quede cubierta...De este modo adjudican..." ( siguen adjudicaciones de determinados y concretos bienes a de cada uno de sus hijos ). En la cláusula tercera disponen del remanente en partes iguales en favor de los herederos. En la cuarta previenen que "Si alguno de sus hijos, u otros legitimarios si los llegare a haber, llevase menos de lo que por legítima corta o estricta le pertenece, podrán complementárselo sus coherederos en metálico a su voluntad, en proporción al derecho de cada uno, en la forma prevista en el artículo 150 de la Ley Sucesoria ". Acaban nombrando comisarios, albaceas y contadores partidores solidarios a don Marcos y a don Segundo .

El día veintiséis de abril de 2004, en escritura pública, afirman que ha fallecido el Sr. Segundo y que es previsible que don Marcos no pueda llegar a desempeñar el cargo. Deciden sustituirlos, también con carácter solidario, por don Baldomero y don Serafin . Doña Felisa fallece el día veintinueve de enero de 2005. Don Baldomero renuncia a su cargo mediante acta notarial de 23 de septiembre de 2005. El cuaderno particional se confecciona y eleva a público el día quince de diciembre de 2005 por el Sr. Serafin y por don Carlos , en cuanto se liquida también la sociedad legal de gananciales. Previamente, el día veintiuno de septiembre de 2005, el heredero don Victorio ya había notificado a la ahora demandante, su hermana doña Adelina , la voluntad de satisfacer el complemento en metálico, igual que a sus hermanas Montserrat y Filomena . El día dieciséis de enero de 2006, don Victorio , visto el avalúo de los bienes adjudicados en testamento, ofrece el pago, a través de acta notarial y mediante la entrega de un cheque bancario nominativo por importe de veintidós novecientos sesenta y un euros con cincuenta y cinco céntimos ( 22.964,55 € ) pero es rehusado por doña Adelina ante el notario. Se inicia entonces expediente de jurisdicción voluntaria de consignación que concluye por auto de siete de noviembre de 2006 con la aceptación del pago por parte de Montserrat y Filomena , pero no de Adelina que cuestiona en este pleito, cuya demanda se presenta el día quince de diciembre de 2009, la partición de la herencia de su madre doña Felisa mediante la acumulación eventual de una acción de nulidad contra el nombramiento de los albaceas, comisarios y contadores partidores, y otra subsidiaria de rescisión de la partición.

SEGUNDO: Con argumentos básicamente idénticos, las partes recurridas se oponen a la admisión del recurso, aunque en realidad aluden a los motivos de infracción procesal, referidos todos formalmente, excepto el vinculado a la imposición de costas, a la valoración probatoria efectuada por los tribunales de primera y segunda instancia. Así, en el mismo motivo se amalgaman las aducidas infracciones de los artículos 319 , 316 y 304 , 326 y 348, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ante todo, se ha de señalar que no indica la recurrente a través de qué ordinal del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pretende construir sus argumentos de infracción procesal, de modo que desconocemos en qué motivo concreto las apoya entre los exclusivos que fija el precepto de referencia. Esta omisión no es intrascendente puesto que el artículo 470.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige alegar alguno de los motivos de aquel precepto con las consecuencias previstas tanto en éste último como en el 473.2 de la citada norma. Por eso la Sala Primera del Tribunal Supremo en su acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, nos recuerda que concurre causa de inadmisión, entre otros supuestos, "cuando no se alegue ninguno de los motivos en los que puede basarse el recurso". La razón deriva del hecho de que es preciso, conforme al artículo 471 de la L.E.C ., argumentar la infracción o vulneración cometida expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. Esta exigencia sólo se puede poner en práctica si se establece una relación entre el motivo de infracción procesal esgrimido, la pretensión desestimada, y las razones del fallo que se impugna.

Nada de esto se razona en el escrito de interposición del recurso puesto que se desconoce en qué concreto motivo legal se ampara de modo que el primer término relacional no existe. Pero sucede más: desconocemos, porque no se explican, ni podemos imaginar en qué podrían afectar los defectos procesales esgrimidos a la nulidad de la partición hereditaria basada en la nulidad de la escritura de cese de nombramientos de comisarios, albaceas y contadores-partidores, derivadas de un supuesto error en la designación de las personas que habían de desempeñar estos cometidos, como veremos en el fundamento cuarto.

Otro tanto cabe afirmar en lo que hace a la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la heredera recurrente con afectación de su legítima: nada se argumenta en el recurso acerca de la incidencia que la corrección de las irregularidades procesales denunciadas habrían de tener sobre la decisión tomada por la Audiencia Provincial en la sentencia cuya impugnación nos ocupa. Y es que no acertamos a comprender cómo la alegada no inclusión de determinados bienes, como joyas y maquinaria, pudiera tener el consecuencia pretendida en lugar de la predicada por el artículo 1.079 del Código Civil que presupone la existencia y validez de la partición con adición de bienes; o cómo la catalogación, como anexo a otro, de un bien puede tener la influencia pretendida en el monto de la adjudicación; o que la no mención de una oficina, aunque se valore



como una pieza más integrante de un inmueble, pueda convenir al fin propuesto; o qué se pueda entender por "incorrecta adjudicación" cuando en realidad nada importa, en las relaciones internas entre coherederos, que las valoraciones se hagan a precio de mercado o cualquier otro porque lo relevante radica en que el criterio sea único para todos los bienes de la misma clase, como luego analizaremos en el fundamento quinto.

Sucede lo anterior porque, como bien indican las partes recurridas en sus escritos de oposición, en realidad la parte recurrente, sin ni siquiera tachar de arbitraria o irracional la ponderación de la prueba efectuada por el tribunal "a quo", porque no lo es, alega la vulneración de unos supuestas e hipotéticas reglas de valoración probatoria, sin explicar siquiera cuales pudieran ser éstas, al tiempo que enumera en un mismo motivo preceptos heterogéneos, de contenido diverso, lo que resulta contrario a la claridad expositiva precisa para posibilitar la contradicción y la debida congruencia. Este proceder no se corresponde con una adecuada técnica casacional, propia de un recurso extraordinario y formal, como el que nos ocupa, porque la claridad expositiva a la hora de definir los motivos y su relevancia sobre el fallo impugnado, más allá de reiterar lo expuesto en la demanda y en la apelación o de exigir una reevaluación probatoria, lejos de constituir un formalismo, conforma la esencia del recurso, de acuerdo con lo tantas veces reiterado en nuestras resoluciones de las que se hacen eco las partes recurridas.

Ya por estas razones han de ser inadmitidas, desestimadas en este momento procesal ( STSJG número 1/12 de 10 de enero ), las infracciones procesales alegadas, en cumplimiento del acuerdo del Tribunal Supremo ya citado y asumido, por ejemplo, en los fundamentos decimoséptimo y decimoctavo de la STS de 31 de diciembre de 2010 .

Citemos, por ser recientes, las SSTSJG números 29/12, de 20 de julio , 7/12, de 7 de febrero y la 35/2013, de 18 de noviembre . " la invocación de error de derecho en la apreciación de la prueba exige - sentencia del TS de 28 de marzo de 2008 y STSJG 1/2012, de 10 de enero , por ejemplo -, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada, la cita de la norma valorativa que haya podido ser infringida, la precisión del concepto en que lo ha sido y la indicación de las consecuencias que, en el orden fáctico, derivarían de la correcta aplicación de la norma vulnerada ( SSTS 22 de mayo y 12 de junio de 2002 , 13 de febrero y 11 de marzo de 2003 , 23 de septiembre y 25 de octubre de 2004 , 10 y 22 de febrero , 9 y 18 de mayo de 2005 , etc.)".

Reparemos, además, en las SSTSJG 26/12 de 6 de julio, o la 5/11 de 4 de febrero en la que afirmamos: "Son numerosas también nuestras sentencias en el sentido de que esta actividad ( la valoración de la prueba ), con carácter general, no puede ser objeto de recurso de infracción procesal salvo en los supuestos de que sea ilógica, absurda o contraria a la ley o infrinja reglas tasadas de valoración, ni siquiera citadas en el motivo que, por lo demás, mezcla indiscriminadamente, con escasa técnica casacional, asuntos harto dispares con la consiguiente falta de claridad expositiva. ( Sentencias de este tribunal de 9 de enero de 2006 o la de 26 de octubre de 2007 por citar alguna entre muchas)".

Se considera entonces - como indicábamos, por ejemplo en la STSJG 14/2010 de 20 de mayo con cita de otras muchas y de las sentencias del T.S. 1069/2008, de 28 de noviembre, FJ.2 °, y de este Tribunal 15/09, de 15 de septiembre - que el ordinal adecuado es el 469.1.4º puesto que en definitiva se vería afectada la proscripción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución Española .

Hacemos nuestras, por lo demás, las exhaustivas argumentaciones vertidas en la sentencia recurrida en sus fundamentos séptimo y octavo que responden a las cuestiones valorativas de prueba que ahora se intentan reproducir sobre el valor o la propia existencia de cierta maquinaria, joyas, una oficina, un trastero y un plaza de garaje, determinados talleres o la valoración del usufructo.

El motivo, por lo tanto, se desestima

TERCERO: Como último motivo de casación, aunque en realidad lo es de infracción procesal, por más que tampoco se nos indique en qué motivo del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incardina, lo que ya daría lugar a no tenerlo por interpuesto a tenor del artículo 470.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o inadmitirlo con arreglo a su artículo 473.2.1º, se denuncia la vulneración del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se argumenta que algunos motivos del recurso de apelación han sido estimados, como los referentes al plazo de prescripción de la acción de anulabilidad ( F.J. cuarto de la sentencia recurrida ) y a la existencia en el derecho gallego de la acción de rescisión ( F.J. sexto de la misma resolución. ) de modo que la desestimación fue sólo parcial.

No podemos compartir este argumento puesto que el artículo 398 de la LEC , igual que su artículo 394 al que se remite, se refiere, no a los argumentos del recurso sino a su pretensión, que no puede ser otra que la revocación parcial o total del fallo de primera instancia, de acuerdo con su artículo 456 cuando circunscribe la finalidad del recurso de apelación.



Siendo así, como es, que el recurso de apelación ha sido desestimado, la imposición de costas es correcta, alejada de cualquier arbitrariedad contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que pudiera justificar su revocación en los términos referidos en la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo, condensada en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia 511/2013, de 18 de julio, juiciosamente reseñada por los recurridos.

El motivo también se desestima

CUARTO: El primer motivo de casación versa sobre la vulneración del artículo 1.265 del Código Civil en tanto en cuanto el nombramiento solidario de don Baldomero y de don Serafin como comisarios y albaceas con facultades de contadores-partidores en escritura pública de 26 de abril de 2004 obedeció a la creencia errónea de que uno de los dos nombrados con anterioridad por Don Victorio y su esposa doña Felisa en la cláusula sexta del testamento mancomunado de 11 de septiembre de 1997, en concreto don Segundo, había fallecido.

1º.- Para resolver esta cuestión hemos de tomar en consideración, en primer término, una premisa procesal: la STS de 14 de mayo de 1996 en su fundamento jurídico cuarto nos indica que "Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que el tema relativo a la existencia o no de vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de la instancia"

Sentado este presupuesto y desestimados los motivos de infracción procesal, se comprende la necesidad de rechazar este motivo casacional sin mayor elucidación pues tanto la sentencia dictada en primera instancia, básicamente en los dos últimos párrafos de su pormenorizado fundamento cuarto, como la de apelación, en sus dos últimos apartados - bajo el mismo ordinal - de su fundamento quinto niegan la existencia de error e incluso que fuera, caso de existir, determinante. Notemos sobre este particular que en ningún momento el recurrente se refiere a una errónea valoración de la prueba de la sentencia de apelación en lo que hace a la identidad y manifestaciones del testigo don Segundo, crucial en este asunto por cuanto se supone, según la demandante y recurrente, que es el albacea y contador-partidor a quien erróneamente se habría dado por muerto.

2º.- Pero desde un punto de vista sustantivo, y en segundo lugar, debemos indicar que el negocio jurídico accesorio por el que los testadores en el año 2004, dando cumplimiento a lo establecido en inciso primero del artículo 138 y en el 159.1 ambos de la LDCG de 1995, dejan sin efecto y sustituyen por otra la cláusula sexta del testamento mancomunado previamente otorgado, tiene carácter unilateral, en parte revocatorio y en parte de ejecución de las disposiciones de última voluntad efectuadas: los otorgantes nada entregan ni nada se obligan a dar o hacer y no es por lo tanto un contrato en el sentido del artículo 1.254 del Código Civil. Se trata, en cambio, de un negocio de última voluntad por lo que sus efectos, también el del nombramiento de los albaceas, se demoran hasta la muerte de los otorgantes, de modo que aunque sea posible una aceptación tácita de los nombrados antes de que este plazo cierto, aunque incierto en su fecha, llegue, tal aceptación no es eficaz. Se trata además, la aceptación o renuncia, de una declaración de voluntad unilateral dirigida a los herederos por lo que estamos en presencia de un acto inter vivos ( artículos 898, 899, 910, 911, 991 del CC ya que la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, aplicable, carece de normas sobre el particular ).

En sede de principios, las declaraciones de voluntad referidas, en tanto en cuanto son negocios jurídicos unilaterales, pueden estar aquejadas de un vicio afectante a la voluntad o al conocimiento del sujeto. En tal sentido a las declaraciones inter vivos, a la renuncia o a la aceptación del cargo, le han de resultar de aplicación, sin duda, los preceptos de carácter general contenidos en los artículos 1.265 y concordantes del Código Civil.

No resulta tan pacífico, en cambio, que la doctrina general sea aplicable sin matices a los actos de última voluntad en lo que al error no inducido por terceros se refiere. Sin embargo, más allá de disquisiciones doctrinales acerca del alcance del artículo 673 del Código Civil para las declaraciones "mortis causa", hemos de convenir también en que habrá que distinguir según cuál sea el objeto del conocimiento equivocado, la razón del error, la incidencia que estas circunstancias hayan proyectado sobre la cláusula cuya nulidad se solicita y la previsión legal concreta. Esto, a tenor de lo establecido en los artículos 673 y 767 del Código Civil junto con su jurisprudencia interpretativa a la luz de los variados preceptos que versan sobre los efectos de los vicios en las disposiciones sucesorias - artículos 675, 743, 757, 773, 814, 860, 861, 862, 1.080 etc., bajo el criterio interpretativo "favor testamenti" ( SSTS de 29 de enero de 2008, referida en la sentencia de apelación ; de 6 de abril de 1998 en su fundamento octavo ; y 19 de mayo de 1992, fundamento quinto ).

La primera de las citadas, en su fundamento jurídico primero se expresa en estos términos: "en absoluto está superado el mandato del legislador, por lo menos por él, contenido en el art. 673, de que el error no es causa de nulidad del testamento. Aunque es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo en aquel precepto debe ser corregida por una aplicación del art. 1.265, en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos. Otra cosa es el error en singulares disposiciones de un testamento, que el Código



civil toma en cuenta, disponiendo sin embargo el art. 743 la ineficacia en todo o en parte de las disposiciones testamentarias "sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código ", con lo que implícitamente ordena que el error no las haga ineficaces en los demás casos, y la identidad que ha de tener el que se juzga con los previstos legalmente". No obstante, la segunda sentencia del Tribunal Supremo de las citadas más bien parece inclinarse por la tesis contraria y la tercera, la de 1992 versa sobre un caso de error con concreta previsión legal: conocimiento de la ajenidad de la cosa legada.

3º.- Sentadas estas bases, debemos entender que bajo ningún supuesto se puede admitir la pretensión de la parte recurrente porque, como bien entienden las sentencias de primera y segunda instancias, no hubo error y, si lo hubiera habido, no habría sido determinante para el nombramiento de los dos nuevos albaceas y contadores partidores desde el instante en que la muerte de uno de los nombrados solidariamente no habría sido razón ni para nombrar al sustituto del no fallecido, cuyo nombramiento seguiría en vigor, ni para nombrar sustituto del supuesto fallecido, visto el tenor de lo dispuesto en el artículo 162.2 de la LDCG de 1995 .

Entonces, la causa de la revocación del nombramiento de los primeros y de la designación de los segundos, con independencia de cuales pudieran haber sido los concretos motivos subjetivos de los testadores que, en cuanto tales motivos, resultan irrelevantes, viene determinada de forma objetiva por la propia norma: la necesidad sentida por algunos testadores de confiar a determinadas personas la partición y la ejecución de sus últimas voluntades. Si los testadores no tienen por qué explicitar las razones, los motivos subjetivos, de su seguridad en las personas nombradas, y aunque los hubieran expresado serían irrelevantes porque no conforman la causa objetiva de la nominación, pueden, a su libre arbitrio, revocar su decisión. A la postre, nos encontramos ante una declaración testamentaria, unilateral, no sinalagmática y por lo tanto no vinculante en cuanto esencialmente revocable, de modo que no se sujeta a causas de nulidad, salvo en los tasados supuestos en los que se interprete con claridad que la voluntad de los testadores habría sido otra ( artículos, 673 , 675 y párrafo primero del artículo 767 del Código Civil ), lo que no sucede en el caso, como se ha expuesto en el párrafo anterior y se deduce del mero hecho de acudir al fedatario público en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 159.1 de la LDCG de 1995 para la nominación de los nuevos contadores-partidores, así como de la clara dicción de la cláusula en cuestión.

4º.- Recordemos también, con la reseñada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 , "que es reiterada e igualmente notoria doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley". O con la 79/2013 de 1 de marzo: "Como tiene señalado esta Sala, STS de 20 de julio de 2012 (núm. 516, 2012): En este ámbito, la interpretación viene presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador, artículo 675 del Código Civil , del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe de ser la fijación de la voluntad querida por el testador. Dicha fijación o averiguación, por lo demás, debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no el marco subjetivo de la interpretación de meras intenciones que pudiera encerrar su voluntad interna". De forma, que cuando los términos de la declaración testamentaria son claros y no dejan lugar a duda, es decir, cuestión interpretable, acerca de la voluntad realmente querida por el testador, la interpretación literal del testamento resulta tanto el punto de partida como el punto de llegada del curso interpretativo ( STS 18 de mayo de 2012 , núm. 294, 2012").

El motivo, en consecuencia, se desestima.

QUINTO: El segundo motivo de casación, para justificar la acción rescisoria por lesión, alega la "vulneración de los artículos 147 y 148 de la Ley 4/1995 , derecho civil de Galicia, incorrecta deducción del usufructo del cónyuge viudo 10%".

Se argumenta afirmando que "en el cálculo de la legítima en la herencia de doña Felisa no se podía deducir el usufructo del cónyuge viudo ( 245.198,967 € ), y por lo tanto en el cuaderno particional realizado debería de figurar como valor de la legítima 116.761,41 €, en vez de los 105.085,27 € calculados... En consecuencia - continúa el argumento - solamente con esa indebida deducción del usufructo ( sin tener en cuenta el resto de defectos de la partición ) se le está privando a mi representada de la cantidad de 11.676,14 €, vulnerando con ello los artículos 146 y 147 de la Ley de derecho civil de Galicia ".

Veamos las razones de su desestimación:

1º.- Debemos notar que, tal y como se desprende de su enunciado y de la idea que lo apoya, ya transcritos, el motivo se orienta a mostrar el núcleo de la pretensión de rescisión por lesión que se presentó de forma subsidiaria, pero, en clara paradoja, no se alega como infringido el artículo 1.074 del Código Civil lo que nos lleva directamente a la desestimación de la pretensión rescisoria. El argumento lo ofrece la propia parte recurrente cuando en el desarrollo del motivo, según sus cuentas ni siquiera avaladas por la prueba ni asumidas por ninguna de las dos instancias, nos indica que el perjuicio oscilaría entre once mil seiscientos setenta y seis



euros con catorce céntimos ( 11.676,14 € ) y tres mil cuatrocientos sesenta y tres euros con setenta y ocho céntimos ( 3.463,78 € ), según que se compute, o no, lo ya ofrecido como complemento y se le sume el valor del usufructo. Muy lejos, en cualquier caso, de la cuarta parte del valor a que alude el citado precepto del Código Civil, a tenor los cálculos de la propia parte, que cifra su cuota legitimaria en ciento dieciséis mil setecientos sesenta y un euros con cuarenta y un céntimos ( 116.761,41 € ).

2º.- No puede pretender la parte una "mutatio libelli", con la consiguiente alteración de la causa de pedir, con el planteamiento de cuestión nueva, con la ruptura del principio de preclusión y con la subsiguiente indefensión para las demás partes. Esto sucedería si se permitiera ahora, con manifiesta incongruencia, trocar la acción de rescisión por la de complemento de la legítima.

Notemos sobre este particular que en la cláusula cuarta del testamento mancomunado los padres disponían: "Si alguno de sus hijos u otros legitimarios, si los llegare a haber, llevase menos de lo que por legítima corta o estricta le pertenece, podrán complementárselo sus coherederos en metálico a su voluntad, en proporción al derecho de cada uno, en la forma prevista en el artículo 150 de la Ley Sucesoria ". La voluntad de los testadores es, pues, contraria a la rescisión y optan por el complemento para el caso de que las atribuciones testamentarias "ex re certa" no fueran suficientes. En cumplimiento de esta previsión, de estas normas particionales que no constituyen, sin embargo, una típica partición, le fueron ofrecidos a la actora, que los rechazó, a diferencia de otras dos hermanas que también recibieron la legítima corta, la cantidad de veintidós mil novecientos sesenta y un euros con cincuenta y cinco céntimos ( 22.961,55 € ). La recurrente ahora viene, pues, contra sus propios actos al olvidarse de la acción rescisoria planteada.

3º.- La acción rescisoria de la partición no es subsidiaria, como se pretende, de la de nulidad del nombramiento de albaceas, comisarios y contadores-partidores, pues sus respectivos objetos son, con nitidez, diferentes, sino, precisamente, de la de suplemento ya que una y otra, de naturaleza restitutoria, buscan garantizar la intangibilidad cuantitativa de la cuota legitimaria mediante la reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de la partición inter vivos, frente a la de nulidad ejercitada, que persigue la invalidez de una disposición de naturaleza testamentaria. El principio de preservación de la partición inter vivos efectuada conforme a normas particionales testamentarias, que se acomoda, además, en el derecho civil de Galicia a la mayor libertad que paulatinamente se viene otorgando a los testadores ( véase el fundamento jurídico cuarto de la STSJG 21/2011 de 27 de julio ), impone que la acción rescisoria sólo se pueda ejercitar, dada su naturaleza subsidiaria, cuando no sea posible conseguir el fin propuesto con el ejercicio de la menos devastadora, porque nada impide formular la pretensión de suplemento, o incluso la del artículo 1.079 del Código Civil a la que ya hemos aludido, aunque la lesión alcanzara o superara la cuarta parte del valor de los bienes, de acuerdo con las garantías y acciones establecidas con carácter general en el artículo 151 de la LDCG de 1995 y en el artículo 815 del Código Civil .

En efecto, el derecho civil de Galicia no impedía en el año 2005 el ejercicio de la acción rescisoria ni de forma directa por prohibición taxativa, ni indirecta por oposición a los principios que entonces de forma neta se pudieran inducir de la LDCG de 1995 por vía de su artículo 3.1 .

En resumen: el planteamiento no respeta la naturaleza subsidiaria de la acción de rescisión, como impone el artículo 1.294 del Código Civil y se desprende de su artículo 1.077: nada impediría que, aceptada la nulidad del nombramiento y efectuada por otras personas o de otro modo, la partición fuera la misma.

Conclusión distinta sobre la vigencia de la acción rescisoria se podría obtener si viniera al caso la vigente LDCG que, como afirmábamos en la reseñada sentencia TSJG 21/2011 , acentúa el principio de libertad, y cuyo artículo 247 es categórico, al tiempo que su artículo 249 troca la cualidad del mero legitimario, de copartícipe a acreedor, y un acreedor no está legitimado para pedir la rescisión del negocio particional, al que es ajeno, por lo que sólo le competen las acciones en defensa de su derecho de crédito a tenor de los citados preceptos y del artículo 1.111 del Código Civil .

4º.- El argumento esgrimido es un sofisma: poco importa - en las relaciones internas entre coherederos que nos ocupan - el valor que se dé a los bienes partibles si el criterio de avalúo es único y el mismo para todos, lo que sucede si a todos los entregados en nuda propiedad se les resta la misma cantidad, el valor estimado del usufructo del cónyuge viudo que como derecho real limitado pesaba sobre ellos. De esta manera se atiende al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, o, mejor, en el momento del fallecimiento del causante ( artículos 1.074 del Código Civil y 147.1 de la LDCG de 1995 ). Prueba de ello es que, una vez extinguido el usufructo universal por muerte del cónyuge superviviente, el valor de la totalidad de los bienes adjudicados se revaloriza por esta circunstancia automáticamente en favor de todos los herederos en el porcentaje de la minusvaloración inicial. La lesión siempre es consecuencia de una sobrevaloración ficticia del cupo del legitimario perjudicado con relación a los demás y nunca al revés.

SEXTO: El tercer motivo de casación enuncia la vulneración del artículo 139 de la Ley de derecho civil de Galicia .





Se argumenta que el esposo enajenó, en vida de la causante, bienes tenidos en cuenta en el testamento por la difunta para efectuar las adjudicaciones y que esto supone una alteración de la disposición testamentaria.

Implica, como bien indican las partes recurridas, el planteamiento de una cuestión nueva cuyo rechazo se impone sin más elucidación ( STSJG, por ejemplo, número 38/2011 de 22 de noviembre y todas las citadas por ella, a las que nos remitimos porque motivar no consiste necesariamente en reiterar ). En la demanda no se pide la nulidad de la partición por discrepancias con el testamento.

Por lo demás, el argumento no se sostiene: la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte y lo que se parte es la herencia ( artículos 659 y 1.053 del Código Civil ). La partición como división de la comunidad hereditaria ( artículo 1.051 del Código Civil ), aunque pueda hacerse en testamento, es conceptualmente diferente de la disposición testamentaria ( artículo 667 del Código Civil ) por lo que la revocación o modificación unilateral a la que alude el artículo 139 de la LDCG de 1995 se refiere al acto dispositivo y no a la partición, cuyas discrepancias con el testamento encuentran, por ello, otros cauces de solución. Sin perjuicio, claro está, de las eventuales acciones, no ejercitadas, sobre reducción de donaciones inoficiosas o rescisión de contratos fraudulentos o nulidad si se refirieran a bienes gananciales sin consentimiento de la esposa, doña Felisa , cuya sucesión ahora nos ocupa.

El motivo, pues, se desestima.

SÉPTIMO: Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente cuyas pretensiones se desestiman, de acuerdo con los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se acuerda la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, de acuerdo con lo establecido en el apartado noveno la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el procurador Sr. Pardo de Vera López en nombre y representación de doña Adelina contra la sentencia dictada el día doce de abril de 2013 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el rollo número 525/2012 a que este recurso se contrae, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Imponemos las costas de esta casación a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno. Remítase testimonio de la presente con el rollo y los autos correspondientes a la Audiencia de procedencia.

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