



Roj: **STSJ GAL 4394/2016 - ECLI:ES:TSJGAL:2016:4394**

Id Cendoj: **15030310012016100025**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2016**

Nº de Recurso: **14/2016**

Nº de Resolución: **27/2016**

Procedimiento: **Recurso de Casación Autonómico**

Ponente: **JOSE ANTONIO BALLESTERO PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4394/2016,**
STSJ GAL 4419/2020

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00027/2016

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 Pablo Saavedra Rodríguez

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García

Don José Antonio Ballesterero Pascual.

A Coruña, siete de junio de dos mil dieciséis.

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 14/16, interpuesto, presentado por doña Eulalia , doña Frida y doña Isidora , representados por la procuradora doña María del Mar Rodríguez González, bajo la dirección letrada de don Pablo Viño Prieto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, el 21 de enero de 2016, en el rollo número 581/15 , conociendo en segunda instancia de los autos del Procedimiento Ordinario número 662/13, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Chantada, sobre nulidad de partición hereditaria, siendo recurrida doña Patricia representada por la procuradora doña María Oliva Acuña Santamarina, bajo la dirección letrada de don Carlos María Veiguela Lastra.

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

Antecedentes de hecho

Primero .- La procuradora doña María Oliva Acuña Santamarina, en nombre y representación de doña Patricia , interpuso con fecha de registro de 20 de noviembre de 2013 demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Chantada contra doña Eulalia , doña Frida y doña Isidora , aquí recurrentes, en la que,



tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando la demanda,

a) Se declare la nulidad de la partición promovida ante el notario con residencia en Lugo, don Domingo , conforme al Derecho civil Gallego, por las herederas demandadas, D^a Eulalia , D^a Isidora , y D^a Frida de las herencias dejadas por sus padres, los cónyuges, D. Felicísimo y D^a Adelaida , así como de la escritura de protocolización que la incorpora de fecha cuatro de octubre de dos mil trece, número de protocolo del referido notario.

b) Se declare la nulidad de las inscripciones registrales que se puedan haber practicado con base a la partición hereditaria practicada, ordenando su cancelación.

c) Imponiendo las costas a las demandadas.

Por decreto de 19 de diciembre de 2013 se acordó declarar la suspensión del plazo de subsanación de la falta de pago de las Tasas Judiciales hasta que se reconozca o se deniegue el derecho a la asistencia jurídica gratuita solicitada por Patricia , reanudándose el plazo en el momento de la notificación de dicha resolución en el caso que fuera desestimada.

Se admitió la demanda por decreto de 19 de diciembre de 2013 y se emplazó a la parte demandada, contestando el 29 de enero de 2014 la procuradora doña Esperanza Rodríguez Brage en representación de la demandada doña Eulalia , el 31 de marzo de 2014 en nombre de doña Frida .

Por diligencia de ordenación de 22 de abril de 2014 se hace constar que no habiendo contestado la demandada Isidora , se le tiene por precluido dicho trámite, y por personada por medio de la anterior procuradora según consta por poder apud acta a su favor efectuado y se acuerda convocar a las partes a la audiencia previa y señalar para la celebración de la audiencia el 10-06-2014.

Por diligencia de ordenación de fecha 7 de noviembre de 2014 se suspende el juicio señalado para el día 25-11-14, volviendo a señalarse para el 14 de abril de 2015, quedando los autos vistos para sentencia.

Segundo .- El Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Chantada dictó sentencia el 10 de mayo de 2015 cuyo fallo es como sigue:

"Se desestima íntegramente la demanda presentada por Patricia . Se condena a la demandada al pago de las costas causadas".

Por Auto dictado el 21 de Mayo de 2015 se Acuerda: "Estimar la petición formulada por la Procuradora Sra. Rodríguez Brage, en nombre y representación de las partes demandadas Hermanas Patricia Frida Eulalia Isidora , de rectificar el error material del Fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido de que donde dice: "Se condena a la demandada al pago de las costas causadas", debe decir: "Se condena a la parte actora al pago de las costas causadas".

Tercero .-Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. El 21 de enero de 2016 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia , cuya parte dispositiva dice:

"Que estimamos el recurso de apelación formulado por el Procurador Sra. Acuña, y en consecuencia se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Chantada de 10 de mayo de 2015 , y en su lugar dictamos otra por la que se estima la demanda y en consecuencia se declara la nulidad de la partición realizada y de los asientos que de ella traigan causa con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandada. No procede especial pronunciamiento de las costas de esta alzada. Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir".

Cuarto .- Recibidos los autos en este tribunal el 7 de marzo de 2016 y personadas ante el mismo las partes, la Sala dictó auto con fecha 26 de abril de 2016 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. La procuradora D^a María Oliva Acuña Santamarina, en nombre y representación de doña Patricia formalizó escrito de oposición al recurso el 4 de mayo de 2016.

La Sala, por providencia de 24 de mayo pasado, señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 7 de junio de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurso de casación se nos presenta por la vía del interés casacional - artículo 477.2 , 3 º y 3 e la Ley de Enjuiciamiento Civil que expresamente se cita - con la indicación de que no existe doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 300 de la Ley de derecho civil de Galicia .



Venimos reiterando que esta vía, dada la inexistencia de "summa gravaminis" en el recurso de casación de competencia de esta Sala a tenor del artículo 2.2 de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, se reserva exclusivamente a aquellos asuntos cuyo procedimiento se ha definido por razón de la materia y no de la cuantía, como sucede con este juicio declarativo ordinario iniciado con la demanda en la que expresamente se pide seguir el asunto por los trámites del juicio ordinario por mor de su cuantía con cita de los artículos 249.2, 251.12^a y 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así se entendió por el juzgado en la resolución de admisión.

El presupuesto de recurribilidad empleado es erróneo porque el camino adecuado es el señalado por el artículo 477.2-2º de la L.E.C en relación con el ya citado 2.2 de la LRCDCG, pero de aquí no hemos de deducir la inadmisión del recurso y esto es así precisamente porque cumple con lo preceptuado para esta vía casacional en el artículo 481.1 de la L.E.C : cita y razona por qué entiende infringido el precepto sustantivo - artículo 300 de la LDCG -, cuya vulneración se erige, con carácter general, en motivo único del recurso de casación.

En cambio, si el recurso hubiera debido seguir la vía del interés casacional y no se hubiera hecho, sería inadmisibile. La doctrina sobre este particular puede verse en nuestras sentencias 56/2014, de 18 de noviembre ; 37/2006, de 17 de noviembre ; 8/2010, de 12 de marzo ; 5/2011, de 4 de febrero ; de 24 de enero y 10 de febrero de 2006, y las de 17 de noviembre y 18 de septiembre de 2012, así como en los Autos de este Tribunal de 17 de septiembre de 2013 y 22 de julio de 2011, que se remiten a su vez a numerosas resoluciones del Tribunal Supremo y a las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre y 4 de octubre de 2004 o la de 17 de enero de 2005.

Notemos: la reforma operada en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 37/2011 de 10 de octubre carece de incidencia en la casación civil gallega ante la no exigencia de "summa gravaminis".

SEGUNDO: Dicho lo anterior, hemos de discrepar de la opinión sostenida en el recurso cuando afirma que no se ha notificado, por parte de la hermana discrepante doña Patricia, el inicio del proceso judicial de partición de herencia de sus difuntos padres, don Felicísimo y doña Adelaida, a dos de las otras tres hermanas, herederas testamentarias también, que habían promovido la partición notarial por mayoría referida en los artículos 297 y siguientes de la LDCG. Lo explicamos:

La coheredera doña Eulalia fue notificada con fehaciencia notarial por medio de la pertinente cédula entregada a quien dijo ser su esposo en el domicilio indicado por ella misma al fedatario público que iba a protocolizar la partición. Esto sucede el día cuatro de septiembre de 2013.

El mismo día, la segunda hermana, doña Isidora, también en el domicilio por ella previamente indicado, manifiesta al notario que no se hace cargo de la cédula.

Cuarenta y cinco minutos después, la tercera hermana, doña Frida, se encuentra ausente del domicilio por ella misma fijado pero un vecino manifiesta, al mismo notario que hizo la notificación anterior, que la citada doña Frida vive en Lugo, sin mayor concreción. No obstante esta aseveración del vecino, debemos significar que en la escritura de protocolización de la división hereditaria, otorgada apenas un mes después, el día 4 de octubre de 2013, doña Frida vuelve a exponer que su domicilio se encuentra en la parroquia de Santiago de Cabana, Palas de Rei (Lugo), lugar a donde había acudido el notario para hacerle la notificación antes referida.

TERCERO: Conforme a los artículos 202 y 203 del reglamento notarial, a cuyas formalidades deben acogerse los notarios con carácter general para efectuar las notificaciones, también por tanto la establecida en el artículo 300 de la LDCG, no hay duda alguna de que Doña Eulalia y doña Isidora han sido debidamente notificadas de manera fehaciente. No es preciso transcribir dichos preceptos.

Otro tanto debemos afirmar en relación con doña Frida a la vista de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes.

En contra de la opinión de la parte recurrente, la previsión contenida en el artículo 297 de la LDCG, notificación edictal de haber promovido la partición hereditaria a los interesados no promotores, para el supuesto de que no sea conocido el domicilio de algunos de estos últimos, no se contiene en el artículo 300 de la citada norma para la notificación inversa, a los promotores, de haber dado comienzo la división judicial, por la simple y poderosa razón de que el domicilio de los promotores de la división extrajudicial ya le consta al notario que avisa de su propósito de llevarla a cabo y así se lo ha hecho saber a los interesados no promoventes a efectos bien de oposición mediante el inicio de un proceso de partición judicial, bien de participación en la extrajudicial ya promovida.

Esta interpretación viene corroborada por la brevedad del plazo que se concede para interponer la demanda de partición judicial, treinta días hábiles desde la notificación, lo que exige la previa determinación de los concretos domicilios de los promotores a los efectos que nos ocupan, como si la premura buscada por la Ley, para reducir



el tiempo de pervivencia de situaciones jurídicas interinas y sustituirlas por otras dotadas de certidumbre y firmeza, no fuera alcanzada con el traslado de la demanda en la que se ha ejercitado la acción de partición.

En consecuencia, la actitud de la tercera promotora de la partición extrajudicial, doña Frida , cuando no admite la notificación en el domicilio por ella misma señalado puede calificarse de torticera por contraria a las exigencias de la buena fe y elusiva de los preceptos citados. Por lo tanto ha de ser rechazada en los términos del artículo 11.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la medida en que el acto de comunicación ha tenido lugar en su domicilio aunque no conste su recepción por doña Frida por causas no imputables a la partícipe discrepante, que ha confiado en el previo señalamiento efectuado por aquella. Notemos que doña Frida no ha cambiado de domicilio.

CUARTO: No obstante, el rechazo de la pretensión de las recurrentes se encuentra en una esencial razón de índole sustantiva propia de la Ley de derecho civil de Galicia.

La notificación fehaciente a los partícipes - incluidos, en principio, por tanto, los no promotores de la partición notarial, incluso los que se encuentren en ignorado paradero - exigida en el artículo 300 de la LDCG no requiere que sea personal a cada uno de ellos y prueba de ello, además de no exigirlo el precepto de forma expresa, es que, si, según la dicción del precepto, hubiera de notificarse el inicio de la partición judicial a todos los partícipes, a aquellos cuyo paradero se ignorara habría que notificarles por edictos. Por lo tanto, la notificación no ha de ser necesariamente personal, aunque se entendiera - en una interpretación contextual y teleológica - que los partícipes a los que se refiere el artículo 300 de la LDCG son sólo los promotores según su artículo 295, dado que a la postre la demanda judicial se notificaría en todo caso a todos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de no causar indefensión.

Pero aún así entendemos que no es precisa la notificación personal a todos y cada uno de los promotores de la partición notarial por contador-partidor porque el objeto de esta notificación no es otro que extinguir la expectativa de inicio del negocio jurídico particional por mayoría con el nombramiento por sorteo de un contador-partidor (artículo 298 LDCG), luego basta con que uno sólo de los promotores haya sido notificado para desatar el efecto, la paralización pretendida, y no tanto porque las exigencias de la buena fe obliguen a su vez al notificado a comunicarlo a los demás promotores y al notario ante el que se había previsto comenzar la partición con la celebración del sorteo sino porque, aunque el promotor notificado hubiera callado incumpliendo así con relación a los demás promotores y al fedatario las obligaciones derivadas del artículo 1.258 del Código Civil , la voluntad conjunta mayoritaria, el acuerdo de los promotores de iniciar el negocio jurídico particional ha generado entre ellos una situación jurídica unitaria, inescindible, indivisible, interina, de mera expectativa, de modo que no cabe paralizarla - véase el segundo párrafo del artículo 298 LDCG - ni, por tanto, tampoco extinguir la con relación a uno sólo o a varios de los partícipes sino que, desde el instante en que uno de los partícipes no promotores manifiesta con fehaciencia a uno de los promotores su opción efectiva por la partición judicial, el acuerdo no unánime generador de la mera expectativa de partición mayoritaria queda sin efecto por ministerio de la Ley, que sigue manteniendo la contractual o la judicial como preferentes: la situación jurídica única e interina consistente en la expectativa de partición por mayoría existe o no, pero no cabe su existencia con relación a alguno sólo de los promoventes.

Ninguna indefensión se causa a los no notificados porque, según lo expuesto, lo hecho con uno ha de afectar indefectiblemente a todos y porque en la partición judicial serán parte en los debidos términos procesales y habrán sido, en consecuencia, citados conforme a los artículos 783 y siguientes de la L.E.C .

En consecuencia, no estimamos infringido el artículo 300 de la LDCG por lo que desestimamos el motivo de casación planteado.

QUINTO: Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente, de acuerdo con los artículos 394 y 398 de la L.E.C .

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 presentado por la procuradora Sra. Rodríguez González en nombre y representación de doña Eulalia , doña Isidora y doña Frida contra la sentencia dictada el día veintiuno de enero de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo en el rollo número 581/2015 a que este recurso se contrae, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.



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

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