



Roj: **STSJ GAL 444/2019 - ECLI:ES:TJGAL:2019:444**

Id Cendoj: **15030310012019100011**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2019**

Nº de Recurso: **21/2018**

Nº de Resolución: **3/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1181/2018,**  
**STSJ GAL 444/2019**

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

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00003/2019

**tribunal superior de justicia de galicia**

A Coruña, veintiocho de enero de dos mil diecinueve, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los Ilmos. Sres. magistrados don Juan Luis Pía Iglesias, don Pablo A. Sande García y don Fernando Alañón Olmedo, dictó

**en nombre del rey**

la siguiente

**s e n t e n c i a**

En el recurso de casación 21/2018 interpuesto por don Avelino y don Abel , representados por el procurador don Rafael Otero Salgado y asistidos por el letrado don Santiago Andaluz Corujo, y en el que es parte recurrida don Benito , representado por el procurador don José Luis Chouciño Mourón y asistido por el letrado don Pedro Luis Fernández Pombo, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 25 de mayo de 2018 (rollo de apelación número 248 de 2017 ), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 356 de 2015, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Carballo, sobre renuncia al cargo de contador-partidor.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO: 1.** El procurador don Rafael Otero Salgado, en nombre y representación de don Avelino y don Abel , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Carballo, formuló demanda de juicio ordinario contra don Benito .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia

*Por la que se declare renunciado al cargo de contador partidor a Emilio en relación a la herencia de doña Elisa , imponiendo al demandado las costas procesales.*

**2.** Admitida la demanda por medio de Decreto dictado el siguiente 1 de septiembre, y emplazado el demandado, el procurador don José Luis Chouciño Mourón, compareció en los autos (el 9 de diciembre) en nombre y



representación de don Benito y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia *por la que se desestime íntegramente la demanda. Todo ello con imposición de costas a la actora.*

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa establecida en el artículo 414 LEC y, celebrada ésta sin avenencia, se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la que, propuesta por las partes, fue declarada admitida. La vista se celebró el 2 de diciembre de 2016.

4. El señor Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Carballo dictó sentencia con fecha de 2 de diciembre de 2016, cuyo fallo es como sigue:

*Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, don Rafael Otero Salgado, en nombre y representación de Avelino y Abel frente a Benito. - Que debo condenar y condeno a Avelino Y Abel al pago de las costas procesales.*

**SEGUNDO:** La representación de los demandante interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con fecha de 25 de mayo de 2018, que en su parte dispositiva dice:

*Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia apelada, con imposición a la parte recurrente de las costas de la alzada y pérdida del depósito para recurrir.*

**TERCERO:** El procurador don Rafael Otero Salgado, en nombre y representación de los actores y apelantes, mediante escrito presentado en dicha Sección el 6 de julio, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia. Por diligencia de ordenación de 18 de julio la Audiencia acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y emplazar ante ella a las partes personadas por treinta 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 17 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de don Benito, el procurador don José Luis Chouciño Mourón formalizó escrito de impugnación del recurso el siguiente 23 de octubre.

La Sala, por providencia de 16 de noviembre, señaló día, el pasado 19 de diciembre, para la votación y fallo del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** *Los hechos probados que perfilan el caso enjuiciado.*

Las sentencias de instancia, junto con los escritos rectores de los litigantes, nos permiten fijar los siguientes hechos probados, que perfilan el pleito enjuiciado y nos permiten conocer la cuestión debatida en casación:

1º Los contendientes, por una parte como actores don Avelino y don Abel, y por otra como demandado don Benito, son hermanos y herederos de doña Elisa, fallecida el 6 de junio de 2009 bajo testamento abierto notarial autorizado el día 30 de octubre de 2003, en cuya cláusula cuarta, y "para el caso de que sus hijos no realicen de común acuerdo la partición", nombró contadores-partidores a los señores Roque y Emilio "con las más amplias facultades", y "quienes solo actuarán a requerimiento de cualquiera de los herederos, empezando desde entonces a contársele el plazo legal, que le prorroga por dos años más".

2º Los actores, don Avelino y don Abel, en septiembre de 2013 acudieron en compañía de una tercera persona, el señor Juan Ignacio, a hablar con el señor Emilio para saber si aceptaba o no el cargo de contador-partidor.

3º A partir de esa fecha, el señor Emilio acepta el encargo y comienza a desarrollar su función.

4º No puede afirmarse que el demandado don Benito no hubiera requerido antes al señor Emilio y que fuese poco después cuando éste reiteró su aceptación a los demandantes, en concreto cuando don Avelino y don Abel fueron a su oficina profesional acompañados del señor Juan Ignacio.

5º En cualquier caso, ha quedado probado que el señor Emilio fue requerido en septiembre de 2013 por los actores, don Avelino y don Abel, para que aceptase el cargo de contador-partidor, así como que el cargo fue aceptado expresamente.

6º El resultado del trabajo del señor Emilio consta en autos. En concreto, en el acto del juicio exhibió documentación original (v.gr. escrituras públicas) de la causante; aportó a las actuaciones un informe de valoración de bienes y de participación de la herencia; también en el acto del juicio reconoció que localizó



las fincas de la herencia, las midió, valoró e hizo una propuesta de partición, que se la entregó a dos de los hermanos directamente y envió por correo electrónico al tercero de ellos, residente en el extranjero.

7º Los actores, don Avelino y don Abel, requirieron notarialmente el 25 de noviembre de 2014 a los contadores-partidores, no habiendo aceptado el cargo el señor Roque (compareció personalmente ante notario el siguiente día 28), mientras que el señor Emilio compareció asimismo ante notario el día 26 de ese mes de noviembre de 2014 habiéndosele leído el requerimiento íntegro y entregado copia simple de la correspondiente acta. El señor Emilio explicó en el acto del juicio que no contestó al requerimiento notarial porque le pareció una trampa, que en aquella época ya había aceptado el cargo, había localizado las fincas, hecho su medición y valoración, y que no entendía ese requerimiento.

8º El 4 de marzo de 2015 el señor Emilio remitió un burofax a los actores por el que les comunica que en septiembre de 2013 había sido requerido verbalmente por el demandado y aceptado el cargo.

**SEGUNDO:** *Sobre la imposibilidad de alterar la base fáctica de la sentencia impugnada (1), y acerca del principio de libertad de forma del requerimiento efectuado ex artículo 290 LDCG/2006 junto con la posibilidad de acreditar por cualquier medio de prueba la aceptación expresa del cargo de contador-partidor (2).*

1. Constituye doctrina jurisprudencial reiterada, tanto de este Tribunal Superior como del Tribunal Supremo, últimamente condensada en el *Acuerdo adoptado el 27 de diciembre de 2017 por el Pleno jurisdiccional de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, que los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia combatida, lo que implica, por un lado, que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria, y por otro lado, que dichos motivos no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados.

Alteración de la base fáctica de la sentencia combatida que, por lo mismo, entraña un supuesto de carencia manifiesta de fundamento del recurso ex artículo 483.2.4º LEC; causa de inadmisión, en este trance convertida en causa de desestimación, en la que claramente incurre el único motivo estrictamente casacional formulado por los recurrentes, antes actores y apelantes, en el que se denuncia la infracción del artículo 290 LDCG/2006 fundándose en hechos distintos de los probados; así, cuando se afirma que don Avelino y don Abel "ningún requerimiento efectuaron" hasta el "enviado notarialmente el 25 de noviembre de 2014", o cuando se omite el hecho a su vez acreditado de que, por una parte, los ahora recurrentes, así como, por otra, su hermano don Benito, aquí recurrido, requirieron en septiembre de 2013 al señor Emilio, habiendo éste aceptado expresamente el cargo de contador-partidor.

2. La insistencia de los recurrentes en no reconocer otro requerimiento que no sea el efectuado por ellos en forma notarial el 25 de noviembre de 2014, parece además no reparar en que el "requerimiento" meramente mencionado en el artículo 290 LDCG/2006 no es sino el del artículo 288 LDCG/2006, sin que en ninguno de ambos preceptos se exija necesariamente la forma notarial, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, cuando se trata de la partición promovida por los coherederos en los términos del artículo 296 LDCG/2006.

Por añadidura, los recurrentes no sólo obvian que cualquiera puede ser la forma -entre ellas la verbal- que adopte el requerimiento a los contadores-partidores ex artículos 288 y 290 LDCG/2006, en los que al respecto se consagra como principio la libertad de forma, sino que, como ya avanzamos en la STSJG 29/2014, de 30 de mayo, en orden a la aceptación del cargo de contador-partidor, el último de los precitados preceptos únicamente exige que sea "expresa", luego, decíamos entonces, excluidas las manifestaciones de consentimiento tácitas o presuntas, "basta con que pueda resultar acreditada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (...)", como efectivamente quedó acreditada en el caso enjuiciado al haber exteriorizado el contador testamentario señor Emilio, clara y patentemente, esto es, expresamente, su voluntad de aceptar y cumplir el encargo, y a tal respecto será suficiente recordar, conforme al *factum* de la sentencia de primera instancia, asumido por la Audiencia, que:

a) Admitido por los actores que en septiembre de 2013 acudieron, junto con el señor Juan Ignacio, al despacho del señor Emilio para encomendarle el encargo de contador-partidor (al igual que también había sido requerido por el demandado), la testifical del mismo señor Juan Ignacio -imparcial por completo- confirma que los aludidos actores acudieron con él al despacho del señor Emilio en ese tiempo, habiéndole remitido el trabajo particional iniciado por él para que el señor Emilio continuase desarrollándolo, habiendo "quedado" con don Avelino y don Abel para volver a reunirse.

b) La señora Ana, trabajadora del señor Emilio, reconoce que ella misma redactó el documento de partición.

c) El señor Emilio exhibió en el acto del juicio, como sabemos, escrituras públicas y otros documentos originales de la causante doña Elisa, e igualmente aportó a las actuaciones un informe de valoración de bienes



y de partición de la herencia, habiéndole entregado una propuesta de partición a los tres hermanos, a dos de ellos directamente y a otro mediante correo electrónico (el codemandante don Abel , residente en Suiza).

d) Siendo preciso, para llevar a cabo la partición, liquidar previamente la sociedad de gananciales de la causante y su finado esposo, el señor Emilio instó la liquidación judicial de dicha sociedad; solicitud realizada el 5 de mayo de 2015 e inadmitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo por Auto de 3 de junio de 2015 al apreciarse la falta de legitimación del contador-partidor para instar dicha liquidación.

Sucede, pues, tal y como concluyen razonada y razonablemente las sentencias de instancia, que hubo aceptación expresa del cargo de contador-partidor, por ende en el plazo legalmente previsto (no existe prueba en contra), siendo completamente irrelevante la alegación de los recurrentes relativa a que ninguna aceptación les fue comunicada por el coheredero demandado, incumpliendo por lo tanto la exigencia que al respecto de esa necesaria comunicación sostuvimos en la STSJG 29/2014, de 30 de mayo , pero reproche que se efectúa con patente orillamiento -de nuevo se hace supuesto de la cuestión- de que los tres coherederos, y no solo uno, requirieron al señor Emilio para que aceptase el cargo de contador-partidor, y que los tres tuvieron conocimiento por sí mismos de la aceptación.

**TERCERO:** *La orfandad fundamentadora del recurso en relación a la infracción de normas del Derecho civil de Galicia conduce a su desestimación, si bien el fracaso en todo caso de las infracciones procesales denunciadas se explica por sí solo.*

La inevitable inadmisión, ( *rectius* , desestimación), ex artículo 483.2.4º LEC del único motivo en el que se denuncia una infracción del Derecho civil de Galicia arrastra la del propio recurso al encontrarse huérfano de fundarse, como es inexcusable fundarlo, en alguna de esas infracciones y no solo nominalmente ( artículos 73.1ª LOPJ y 478.1 LEC ); infracciones, las del Derecho Civil gallego, que son suficientes de por sí para que podamos conocer de un recurso de casación, ya se funde además o no en infracciones de normas de Derecho Civil común *lato sensu* y también procesal, si la sentencia combatida se impugna -como es el caso- con amparo en los motivos recogidos en el artículo 469.1 LEC , pero infracciones unas y otras -las civiles y procesales comunes- insuficientes para someter a la decisión de la Sala un recurso en realidad únicamente fundado en ellas (así, v.gr., entre las innumerables resoluciones de la Sala, SSTSJG 3/2003, de 28 de enero , 2/2005, de 20 de enero , 42/2016, de 17 de noviembre , 22/2017, de 23 de junio , y 26/2018, de 7 de noviembre , y AATSJG de 20 de julio de 2009 , 29 de abril de 2011 , 25 de octubre de 2013 , 31 de mayo de 2016 , 24 de enero y 31 de marzo de 2017 ).

Ello no obstante, precisaremos en síntesis que los dos motivos de infracción procesal del recurso estarían *per se* abocados al fracaso: el primero, acogido al cauce del artículo 469.1.2º y en el que se denuncia la infracción del artículo 216 LEC , relativo al principio de justicia rogada, porque se desarrolla con evidente abstracción del *factum* , en el que no sólo consta como acreditado que el coheredero demandado requirió al contador-partidor, sino que desde luego quienes lo hicieron -sin asomo de un mínimo resquicio de duda- fueron los otros dos coherederos, recurrentes en casación; conclusión probatoria ésta a la que en las instancias se llega precisamente en virtud del reconocimiento que efectúan al respecto en su demanda, si bien no sólo, como sabemos, como consecuencia del mismo. Y el segundo motivo de infracción procesal, amparado en el artículo 469.1.4º LEC al efecto de denunciar la vulneración del artículo 24 CE por error patente y notorio en la valoración de la prueba, así como por una interpretación que se dice irrazonable de los medios de prueba, fracasa porque en realidad, sin atacar el relato fáctico acreditado, se construye de nuevo haciendo supuesto de la cuestión, v.gr. dando por probado que no existió más requerimiento que el notarial efectuado por los actores, como si no fuese concebible un requerimiento no documentado; o también presuponiendo que únicamente existió un requerimiento "expreso" y al tiempo no aceptado (el efectuado por los ahora recurrentes en casación), como si la exigencia de tener que ser expreso se predicase por la ley del requerimiento, y no de la aceptación, a la vez que se sostiene que no se puede dar por probada la existencia de requerimiento alguno verbal y aceptado sin ambages, afirmación a la que se llega por los recurrentes simplemente sustituyendo la valoración de instancia por la particular, al tiempo que se ignora el abundante acervo probatorio del que se da cuenta en ambas sentencias en sentido radicalmente contrario al mantenido en el recurso.

**CUARTO:** *Alcance del fallo desestimatorio, costas y depósito.*

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 se refiere al depósito constituido para recurrir se decreta la pérdida del mismo ex disposición adicional decimoquinta, punto 9, LOPJ .

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



### FALLAMOS

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Avelino y don Abel contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 25 de mayo de 2018 (rollo de apelación número 248 de 2017), la cual confirmamos.

2º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

3º Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ