



Roj: **STSJ GAL 446/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:446**

Id Cendoj: **15030310012019100013**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2019**

Nº de Recurso: **24/2018**

Nº de Resolución: **5/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **FERNANDO ALAÑÓN OLMEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00005/2019

tribunal superior de justicia de galicia

A Coruña, seis de febrero 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.

en nombre del rey

la siguiente

s e n t e n c i a

En el recurso de casación e infracción procesal número 24/18 interpuesto por don Fermín , representados por la procuradora doña Susana Rodríguez Alfonso y asistido por el letrado don Paulino Pérez Riveiro, y en el que es parte recurrida don Gervasio y D^a María Rosario , representados por la procuradora doña Nuria Román Masedo y asistidos por la letrada doña Noelia Núñez González, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de con fecha de 10 de enero de 2018 (rollo de apelación número 211/2017), como consecuencia de los autos del juicio verbal número 190/2016, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Chantada, sobre acción forzosa de servidumbre de paso.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: 1. El procurador don Fernando Leis Espasandin, en nombre y representación de don Fermín , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Corcubión, formuló, el 8 de octubre de 2012, demanda de juicio verbal contra don Gervasio y doña María Rosario , don Onesimo , doña Elisabeth , don Plácido , doña Enriqueta , doña Esperanza , don Rogelio y don Romualdo .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que: "se dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare: a) La nulidad o, en su caso, la anulabilidad, del cuaderno particional de los bienes de la herencia de Doña Frida efectuado por el comisario contador Don Sergio en fecha 22 de Septiembre de 2009 y aprobado, ratificado y protocolizado mediante la escritura pública de fecha 23 de Octubre del año 2009 otorgada ante el Notario de Corcubión Don Diego Zozaya Irujo, nº 1.631 de Protocolo, ordenado asimismo la cancelación de cuantas inscripciones registrales se hubiesen practicado en el Registro de la Propiedad de Corcubión en base a dicho documento.- b) La nulidad o, en su caso, la anulabilidad, del cuaderno particional de los bienes de la herencia de Doña Frida efectuado por el comisario contador Don Sergio en fecha 22 de Septiembre de 2009 y aprobado, ratificado y protocolizado mediante la escritura pública de fecha 26 de Marzo del año 2010 otorgada ante el Notario de Corcubión



Don Diego Zozaya Irujo, nº 472 de Protocolo, ordenado asimismo la cancelación de cuantas inscripciones registrales se hubiesen practicado en el Registro de la Propiedad de Corcubión en base a dicho documento.- c) La nulidad o, en su caso, la anulabilidad, del cuaderno particional de los bienes de la herencia de Doña Frida efectuado por el comisario contador Don Sergio en fecha 22 de Septiembre de 2009 y que fue unido a la escritura pública de subsanación fecha 4 de Junio del año 2010 otorgada ante el Notario de Vimianzo Don Joaquín Vicente Calvo Saavedra, nº 627 de Protocolo, ordenado asimismo la cancelación de cuantas inscripciones registrales se hubiesen practicado en el Registro de la Propiedad de Corcubión en base a dicho documento.- d) La nulidad o, en su caso, la anulabilidad, de la escritura de subsanación de fecha 18 de Agosto del año 2010 otorgada ante el Notario de Vimianzo Don Joaquín Vicente Calvo Saavedra, nº 971 de Protocolo, ordenando asimismo la cancelación de cuantas inscripciones registrales se hubiesen practicado en el Registro de la Propiedad de Corcubión en base a dicho documento.- Condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas procesales."

2. Admitida la demanda por Decreto de fecha 16 de octubre de 2012, se acordó dar traslado de la misma a los demandados por plazo de diez días; la procuradora doña Nuria Román Masedo, compareció en los autos el 27 de noviembre de 2012 en nombre y representación de doña María Rosario y de don Gervasio, bajo la dirección letrada de doña Noelia Núñez González, y contestó la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia: "absolviendo a esta parte de las pretensiones de la demanda, imponiendo al demandante las costas del juicio."

La procuradora doña Belén Borrero Castro, el día 25 de febrero de 2013 comparece en nombre y representación de don Onesimo, doña Enriqueta, don Plácido y doña Elisabeth y estando todos ellos conformes con los pedimentos de la demanda se allanan totalmente a los pedimentos contenidos en la misma, interesando que no se les impongan las costas o gastos de este procedimiento.

Estando declarados en rebeldía procesal Esperanza, Rogelio y Romualdo.

3. Se señala para la celebración de audiencia previa el 14 de mayo de 2014, celebrándose sin avenencia, y quedando citados para la continuación del juicio el próximo día 20 de noviembre de 2014, practicándose con el resultado que obra en autos y quedando conclusos para sentencia.

4. La señora Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Corcubión dictó sentencia con fecha de 1 de septiembre de 2017, cuyo fallo es como sigue: "Desestimo la demanda interpuesta por Fermín, representado procesalmente por el procurador Fernando Leis Espasandín y asistido por el letrado Paulino Pérez Riveiro, contra Gervasio, María Rosario, Onesimo, Enriqueta, Plácido, Elisabeth, Esperanza, Rogelio y Romualdo. Se imponen las costas procesales a la parte actora."

SEGUNDO: La representación de don Fermín interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con fecha de 24 de mayo de 2018, que en su parte dispositiva dice: "Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, resuelve: Desestimando el recurso de apelación articulado, se confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2 de Corcubión, de 1.9.2017, con imposición de costas en esta alzada al recurrente. Así se acuerda y firma."

TERCERO: La representación de don Fermín presentó escrito el 21/06/18 en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el 24/05/18 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña. Ésta tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo que se notificó a las partes.

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 9/11/18 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. Por diligencia de ordenación de 19/11/18 se acordó dar traslado a la parte recurrida para que formalice su oposición en el plazo de veinte días y manifieste si considera necesario la celebración de vista. En nombre y representación de don Gervasio y Dª María Rosario la procuradora doña Nuria Román Masedo formalizó escrito de impugnación del recurso el 20/12/18, que después de alegar lo que estimo oportuno, termino con el suplico de que en su día se dicte sentencia, por la que, desestimando el citado recurso de casación, ratifique la sentencia recurrida en todos sus extremos, pues así procede conforme a derecho y justicia.

La Sala, por providencia de 8 de enero de 2019, señaló día, el próximo 22 de enero para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - La sentencia de fecha 24 de mayo del pasado año, dictada por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, es recurrida en casación por la representación procesal de la parte demandante quien interesa un pronunciamiento revocatorio de la anterior que determine la estimación de la demanda. Son tres los motivos articulados para fundamentar la pretensión deducida.

El primero de ellos alude a la infracción de lo dispuesto en el art 292.1 de la Ley de derecho civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio) por cuanto el mismo excluye la validez de particiones parciales o adjudicaciones parciales de bienes a los herederos y ello en la consideración de que lo realizado por el contador partidor Sr. Sergio , llevando a cabo diversas modificaciones de un inicial cuaderno particional, caería dentro de ese concepto de particiones parciales; por otra parte, se significa, las ulteriores particiones realizadas, a partir de la primera, serían nulas al haberse agotado la posibilidad de que el contador partidor las llevara a cabo por conclusión de su función al elaborar el primer cuaderno particional.

En segundo lugar se indica que la sentencia infringe lo dispuesto en los arts. 1066 y 1068 del Código Civil en relación con los artículos 1281 y 1300 del mismo cuerpo legal . Se razona en este motivo que los coherederos, D. Gervasio y su esposa D^a. María Rosario , tras la protocolización de la primera de las particiones, por medio de escritura pública otorgada el 23 de octubre de 2009 ante el notario de Corcubión D. Diego Zozaya Irujo, con el número de protocolo 1631, procedieron a vender la casa que les fue adjudicada en ésta, en escritura pública otorgada con número de protocolo correlativo al que correspondió a la partición hereditaria. Supone esta circunstancia que la partición efectuada agotó la función del contador partidor de modo y manera que carecía de facultades para llevar a cabo los tres negocios modificativos de la primigenia partición.

Finalmente, y en tercer lugar, denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 1261 y 1300 del Código Civil por cuanto sentada la nulidad de aquella partición en la que se incluyan bienes no comprendidos en el caudal relicto, no es posible la subsanación por ser esta nulidad de naturaleza radical, sin posibilidad de corrección.

SEGUNDO. - Como hechos cuya existencia ha sido plasmada en las sentencias de instancia y cuya realidad no se cuestiona en el recurso debe consignarse que se trata de enjuiciar la labor del contador partidor Sr. Sergio sobre la herencia causada por el fallecimiento de D^a. Frida . Esta **sucesión** se rige por el **testamento** abierto que la causante otorgó ante el notario que fue de Vimianzo D. Fernando Maiz Cal, con fecha 15 de enero de 1996. En este documento la testadora designaba como contador partidor de su herencia a D. Sergio . La Sra. Frida instituyó herederos a su hijo, D. Gervasio y a sus ocho nietos, en cuanto sustitutos de su fallecido padre, Arsenio , también hijo de la testadora. Además de lo anterior dispuso del tercio de libre disposición en favor de D^a. María Rosario , esposa de su hijo Gervasio . La designación del contador partidor se verificó con las más amplias facultades, incluyendo la posibilidad de hacer entrega de legados y efectuar adjudicaciones en metálico.

Con fecha 22 de septiembre de 2009, D. Sergio elabora un cuaderno particional que es protocolizado por medio de escritura pública de fecha 23 de octubre siguiente. Con fecha 26 de marzo de 2010, el Sr. Sergio procede a subsanar las deficiencias de las que adolecía la partición efectuada por cuanto en el inventario se habían incluido dos fincas, las numeradas con el 21 y 24, cuando las mismas no pertenecían al caudal relicto partible al haber sido transmitidas en momento anterior al fallecimiento de D^a. Frida a su hijo D. Gervasio por medio de escritura de fecha 28 de octubre de 1991. Con fecha 4 de junio de 2010 se otorga por el Sr. Sergio una segunda escritura de subsanación que traía causa en el hecho de que las fincas numeradas con el 12, 13, 21 y 24 no correspondían a la herencia por haber sido transmitidas, las dos últimas conforme se indicó, y las dos primeras a D^a. Esperanza por medio de escritura de fecha 27 de marzo de 1992. Por último, por medio de escritura de fecha 18 de agosto de 2010, el Sr. Sergio vuelve a hacer una nueva subsanación o corrección de la partición, de modo que queda definitivamente conformada.

TERCERO . - Dis pone el artículo 292.1 de la Ley de derecho civil de Galicia que el contador-partidor deberá hacer la partición total de la herencia. Lo que el precepto proscribe son las particiones parciales, aquellas en las que, teniendo el contador partidor conocimiento pleno de la totalidad de bienes que integran el caudal partible así como de la totalidad de aquellos a quienes habrán de ser adjudicados, lleva a cabo su tarea sin disponer destino de todos los bienes o sin disponer de los anteriores en favor de alguno de los que habrán de ser adjudicatarios. Serán, por consiguiente, en cuanto contrarias a norma imperativa (artículo 6.3 del Código Civil) nulas las particiones parciales en cuanto asumen adjudicaciones también parciales. No obstante lo anterior, ha de matizarse que cualquier partición realizada no queda incólume en todo caso una vez verificada pues es posible que la misma llegue a modificarse, corregirse o matizarse por la presencia de circunstancias, inicialmente no ponderadas, que justifiquen aquella rectificación, corrección o matización. Justifica la realización de partición complementaria, v. gr., siempre y cuando el contador partidor se encuentre dentro del plazo fijado para su encargo, la aparición de nuevos bienes que indefectiblemente habrán de determinar una partición complementaria que perfeccione la inicialmente realizada. No cabe duda de que es



posible la corrección posterior a la partición realizada de aquellos errores materiales que se hayan puesto de manifiesto. Es indudable que la aplicación de estas excepciones obedece, sin duda alguna, a la proyección del principio de *favor partitionis*. La rigidez del precepto que dispone la prohibición de particiones parciales, interpretado de manera inflexible, llevaría al extremo indeseable de proscribir mínimas subsanaciones que en modo alguno afectarían al derecho reconocido de los herederos o, en el caso de complemento de partición por aparición de nuevos bienes, abocaría a la realización de complejas operaciones fácilmente evitables con mínimas y sencillas correcciones. El principio de *favor partitionis* trata de mantener en lo posible la eficacia de la partición y considera su ineficacia como último recurso, como último remedio para acomodar la realidad a la partición efectuada. La consecuencia de la aplicación del principio es que siempre que sea posible corregir aquellos defectos de los que adolezca la partición así deberá efectuarse, rectificando su contenido, incluso acudiendo a la posibilidad de establecer indemnizaciones compensatorias sobre la base de la admisión de la eficacia parcial de la partición, con elusión de soluciones más complejas, costosas, dilatadas en el tiempo e insatisfactorias. El Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 1958 disponía que "*conviene mantener la estabilidad de actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad, por lo cual si de agravios patrimoniales se trata, se deben volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección de que se deshagan o se supla el engaño, criterio éste que es lo más equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones a los interesados y que aparece plasmado ya en el art. 926 del proyecto de 1851*".

No contempla el Código Civil precepto específico, al margen del contenido del artículo 1081 del Código Civil, disposición alguna reguladora de la nulidad de la partición hereditaria. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1980, con cita de las de 17 de abril de 1943, 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975, indica que serán aplicables las normas de nulidad de los negocios jurídicos si bien, matiza, solo se origina la nulidad en el caso de que exista carencia o vicio sustancial de los requisitos fundamentales del acto. En igual sentido la sentencia de 22 de marzo de 1967 con referencia expresa al artículo 1261 del Código Civil. Como causas que determinan la nulidad de la partición hereditaria, el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de mayo de 1980 y la más reciente de 7 de noviembre de 2006, ejemplifica como supuestos de nulidad de la partición hereditaria la falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del **testamento**), la realización de la partición en contra lo preceptuado en la ley, la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del **testamento**, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes, o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de bienes la omisión de elementos de importancia pertenecientes al causante o la infracción del principio de igualdad entre los herederos.

La causa esgrimida por el recurrente es la realización de la partición en contra de lo preceptuado en norma imperativa en el entendimiento de que lo que lleva a cabo el contador partidor no son sino particiones parciales. La Sala no comparte esta apreciación. La partición efectuada fue solo una, a la que se acompañaron varias rectificaciones, pero que en modo alguno alteraron la esencia de la misma o al menos no tuvieron eficacia para alterar el interés del recurrente en la partición por cuanto nada de eso se dice al respecto. No hubo partición parcial sino total, se incluyeron todos los bienes de la causante (incluso algunos que no le pertenecían, extremo debidamente rectificado) y fueron considerados como adjudicatarios todos los interesados, sin preterición alguna. No hay partición parcial y por ende no existe el vicio determinante de nulidad invocado por el recurrente.

Las rectificaciones efectuadas encuentran cobertura por la proyección del principio *favor partitionis*. La pretensión anulatoria tiene una inconcusa consideración subsidiaria, excluida en este caso por la asumida posibilidad de corrección. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2006 dispone expresamente que la invalidez de la partición tiene un tratamiento restrictivo y solo cabe cuando no existe otro recurso legal recogiendo la posibilidad de la adición o el complemento de la partición o incluso la posibilidad de ejercitar la rescisión para la resolución de las atribuciones mal valoradas. Adviértase que en este caso no se alude en ningún momento a perjuicio sufrido por el demandante lo que permite inducir que su interés dista de tener un contenido económico. Pero aún más, siguiendo lo dispuesto en la sentencia de 22 de octubre de 2010, la aplicación del principio *favor partitionis*, tributario del sano propósito de "evitar una vuelta a la indivisión, con la secuela de gastos, molestias e inconvenientes que ello acarrea", está condicionada a su posibilidad (sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, entre otras), esto es, a la viabilidad jurídica y económica de mantener la partición efectuada. En este caso no se ha puesto de relieve óbice alguno de contenido económico que justifique la ineficacia de la partición y tampoco aparece inconveniente jurídico alguno al poder incluirse las sucesivas rectificaciones de la partición efectuada dentro de las facultades correctoras del contador partidor, de flexible consideración por el propio principio de



conservación del negocio. De tal modo se razona que la partición efectuada, convenientemente rectificadas, no adolece de vicio o defecto alguno que la invalide.

Debemos añadir que no se está en el caso de partición complementaria, que derivaría de previa partición parcial, sino de meras correcciones de errores que en modo alguno invalidan el contenido de la labor del contador partidor y que tienen lugar con plenas facultades para ello. Cierto es que la labor del contador partidor finaliza en el momento en que se concluye su labor, en aplicación de las normas que sobre el albaceazgo se encuentran recogidas en el artículo 910 del Código Civil, y que a partir de ese momento concluye la posibilidad de intervención, sin embargo esa circunstancia no impide, como excepción asumida de manera incontestable, la posibilidad de rectificaciones y correcciones, e incluso complemento, eventos en los que cabe englobar la actuación del Sr. Sergio .

El motivo, por consiguiente, decae. No han existido particiones parciales; el contador partidor está facultado para llevar a cabo rectificaciones, correcciones e incluso complemento de la partición efectuada siempre y cuando tenga lugar dentro del plazo que globalmente se le confirió para llevar a cabo su encargo; la aplicación del principio *favor partitionis* obliga a valorar flexiblemente la competencia del contador partidor para verificar esa rectificación y/o complemento.

CUARTO . - No se han infringido los artículos 1066 y 1068 del Código Civil con el efecto anulador pretendido por el recurrente. El artículo 1066 es traído a colación de manera artificiosa y con débiles argumentos. Lo que el precepto establece - *Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos a más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes, a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda* - es la atribución del título en el que se documenta la adjudicación hereditaria. El artículo 1068, por su parte, refiere que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y es que, efectivamente, los efectos que la partición produce son la extinción de la comunidad hereditaria y la adjudicación de los bienes en los que se materializa la cuota que primigeniamente le correspondía. Cierto es que la partición verificada por el contador partidor no requiere la aceptación de los herederos para que la misma sea válida y eficaz pero tal extremo no entra en contradicción con la posibilidad, ya reconocida en el fundamento anterior, de llevar a cabo, con las condiciones establecidas y en el momento adecuado, las correcciones y complementos a los que nos hemos referido. En definitiva, la partición hereditaria no queda viciada por las rectificaciones efectuadas. Una vez verificada la partición se produce la adjudicación de los bienes de esta sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar y que resulten admisibles, como las que se contemplan, sin que en modo alguno parezca haber existido alteración de aquella primitiva adjudicación de los bienes que se dicen enajenados por el Sr. Plácido y su esposa y sin que la parte demandante haya visto alterado su interés en la partición desde la confección del primer cuaderno particional hasta el último debidamente corregido.

QUINTO . - Finalmente y en relación con el tercero de los motivos del recurso de casación fácilmente se colige que está abocado al fracaso y es que si bien la Jurisprudencia ha considerado que la inclusión de bienes ajenos en la partición es determinante de su nulidad por aplicación de las normas que regulan la ineficacia de los contratos inter vivos (cfr. sentencias del Tribunal Supremo 31 de mayo de 1980 y la más reciente de 7 de noviembre de 2006) no es menos cierto que la partición a considerar es la que aparece como resultado de la correcciones efectuadas por el contador y es lo cierto que en esta no hay constancia de inclusión de bienes ajenos.

El motivo, por consiguiente, se rechaza.

Sexto.- La desestimación del recurso de casación planteado conlleva necesariamente la imposición a la recurrente de las costas causadas en el mismo, como deriva de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de enjuiciamiento civil . Asimismo procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

Desestimando el recurso de casación presentado por la procuradora doña Susana Rodríguez Alfonso en nombre y representación de don Fermín contra la sentencia dictada el día 24 de mayo de 2018 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el rollo número 10/18 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