

En Pontevedra a seis de julio de dos mil seis

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00404/2006

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 422/06

Asunto: DIVISION HERENCIA 327/04

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA 2 PONTEAREAS

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR  
LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

**SENTENCIA NUM.404**

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de División de Herencia 327/04, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 Ponteareas, a los que ha correspondido el Rollo núm. 422/06, en los que aparece como parte apelante-demandando: D. Almudena, representado por el procurador D. LUIS VALDÉS ALBILLO y asistido por el Letrado D. PILAR MON DOMÍNGUEZ, y como parte apelado- demandante: D. Camila Y D. Juan Manuel no personados en esta alzada, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm 2 de Ponteareas, con fecha 17 marzo 2006, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE LA PROPUESTA DE INVENTARIO PRESENTADA POR EL PROCURADOR SR. MAGÁN en nombre y representación de Dña. Mercedes y D. Juan Manuel DETERMNO QUE EL INVENTARIO DE LA HERENCIA DE DÑA. Eugenia Y DE D. Carlos QUEDA COMPUESTO EN CUANTO A LA CONTROVERSIA POR LOS SIGUIENTES BIENES:

Bienes privativos de Dña. Eugenia: las fincas denominadas LEIRIÑA, CAMIÑO, SABARIS, SABARIS, COVELO, CUPIN y ESPÍÑEIRO estas dos últimos expropiadas por el valor de 12.373,47 euros.

Cuenta nº NUM000 del BBVA por importe de 6.237,31 euros, y la n1 NUM001, por importe de 1.359,93 euros, de la misma entidad.

La vivienda sita en y sus anexos sita en Meder, Covelo y Salvaterra de Miño.

Bienes gananciales además de los reseñados en el punto uno a seis del inventario de la actora, lo integran la finca señalada con el número siete del inventario de la actora finca 18910, en el municipio de Salvatierra de Miño, cuya naturaleza, es vivienda y de nombre Souto.

Bienes muebles por valor de 7.000 euros.

En todo lo demás están hay que remitirse al inventario de la actora.

No se hace especial pronunciamiento en costas."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Almudena se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día seis de julio para la deliberación de este recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En virtud del precedente Recurso por Dª Almudena se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Verbal nº 327/04 por el Juzgado de Primera Instancia de Punteareas alegando que en la división del haber común debe incluirse como bien de la herencia con carácter ganancial a la finca 1260 denominada "Covelo," la construcción de un inmueble sobre una finca ajena aunque posteriormente comprada por la esposa, madre de los litigantes, así como excluirse otra que no existe.

A esta pretensión se opone Dª Camila y D. Juan Manuel aduciendo que la prueba practicada ha evidenciado la naturaleza privativa de su madre de la vivienda no infiriéndose de la certificación registral su naturaleza ganancial y resultando de aplicación la accesión invertida del art. 353 del C. Civil por lo que debe desestimarse el recurso.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo, y ante las dificultades que suscita a la Sala la resolución de la cuestión planteada, ha de tratarse de oficio y examinarse la viabilidad del procedimiento para el ejercicio de la acción que se dice ejercitada, esto es, la DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIO HEREDITARIO por los cauces de los artículos 782 y ss.

Veamos, Doña Camila y su hermano Juan Manuel presentan demandada contra su otra hermana Dª Almudena, a fin de que se divida el caudal relicto al fallecimiento de sus padres. Resulta de extraordinaria importancia, para la resolución de la litis tener en cuenta las particulares circunstancias que concurren en el caso y que se relatan en la demanda. A saber:

Los padres de los litigantes D. Carlos y Dª Eugenia contrajeron matrimonio el 31 de julio de 1957.

De este matrimonio nacieron tres hijos según consta en el libro de familia que se une a la demanda, que son los hoy litigantes.

D. Carlos y Dª Eugenia se separan judicialmente el 9 de diciembre de 1983, fecha en la que queda disuelta la sociedad de gananciales, y aunque parece que realizan una "Diligencia de Inventario de bienes" y se nombra a la esposa administradora, sin embargo no llega al liquidarse y adjudicarse los bienes que integraban la sociedad de gananciales.

El 8 de agosto de 2003 fallece Dª Eugenia, que había otorgado testamento abierto en el que legaba a su hija Almudena lo que por legítima estricta le correspondiera e instituída herederos por partes iguales a los hoy demandantes apelados D. Carlos falleció el 1 de febrero de 2004, intestado.

**TERCERO.-** Pretenden los demandantes la división del caudal hereditario de sus fallecidos padres a través de este procedimiento, comenzando por la Diligencia de Inventario partiendo de dos premisas incorrectas a juicio de esta Sala:

Respecto de la Sociedad de gananciales: "sin que posteriormente se llevara a cabo dichas operaciones particionales, por lo que esta representación entiende que, al no producirse dicha liquidación de la sociedad de gananciales a que estaba sometida el matrimonio, las fincas mencionadas eran propiedad, al 50%, de cada uno de los causantes"

Respecto del caudal hereditario: "Dado que D. Carlos se encontraba judicialmente separado de Dª Eugenia y que aquél no otorgó testamento, la división hereditaria de D. Carlos quedaría repartida..." de modo que como los tres hijos son herederos forzosos, respecto de sus bienes les correspondería a cada uno un tercio del 50% de las fincas de D. Carlos.

Tales premisas, decimos, son incorrectas porque:

a) Respecto a la primera, es sabido y reiterado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia, que la Sociedad de gananciales no tiene naturaleza de comunidad romana, esto es, por cuotas, sino que se trata de una comunidad germánica, lo que implica a fortiori que NO es cierto que

cada uno de los bienes que se entienden por los actores gananciales pertenezcan individualmente en un 50% de cada uno a D. Carlos y a D<sup>a</sup> Eugenia.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20-10-1958, 22-5-1986 y 28-2-1992, han venido entendiendo que la sociedad de gananciales, configurada inicialmente como un patrimonio colectivo inicialmente sin personalidad, en el que marido y mujer, al modo de comunidad germánica o en mano común, son titulares indistintamente de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual sobre bienes o cuotas determinados, se transforma al tiempo de su disolución, naciendo la que se conoce como comunidad postmatrimonial, que perdura hasta el momento de la liquidación y que se acomoda en mayor medida al estatuto de la comunidad ordinaria, en la que ambos comuneros ostentarán una cuota idéntica sobre ese conjunto patrimonial en liquidación entendido en su unidad global, comprensiva de bienes, derechos y obligaciones; de donde cabe deducir que si los esposos son los únicos cotitulares de esa comunidad. En consecuencia ninguno de los cónyuges puede disponer, como bienes privativos suyos de la mitad indivisa en los bienes comunes, fundamentándose este criterio en que en la sociedad de gananciales marido y mujer son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división, y sin que sea posible determinar concretamente la liquidación de los cónyuges en ese patrimonio, sin una previa liquidación. En confirmación de estas ideas, la Dirección General de Registros en su Resolución de 39 de junio de 1927 declaró que "entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común, lo cual, por otra parte, se diferencia cualitativamente con la propiedad pro indivisa romana en la que, por el contrario, existen cuotas en partes definidas, sujeción al voto de la mayoría y acción para pedir la división de la cosa común (actio communi dividundo)". Este criterio es también sostenido por las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1958 y 2 de febrero de 1983 así como también es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 3 de junio de 1966, 17 de abril de 1967, 25 de mayo de 1976 y 13 de julio de 1998, declarando en esencia el Tribunal Supremo "que la doctrina científica y la jurisprudencia están constantes en estimar que la sociedad de gananciales en nuestro Derecho es una mancomunidad entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultar para pedir la división y en la que ambos cónyuges ejercen el poder de disposición por tratarse de un patrimonio especial vinculado al levantamiento de las cargas comunes siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales y con igualdad de derechos"; precisando la Sentencia de 13 de julio de 1988 que "la comunidad matrimonial sobre los bienes gananciales, antes de la disolución de la sociedad, no permite la división de las cuotas ideales", calificando a continuación a dicha sociedad como una propiedad "en mano común."

En conclusión, hasta que se practique la liquidación de la sociedad de gananciales que quedó disuelta en 1983 por imperativo legal (art. 1492 C.C) se desconoce qué bienes son adjudicados a uno o a otro cónyuge, y en consecuencia le pertenecen con carácter exclusivo.

b) En cuanto a la segunda premisa "Dado que D. Carlos se encontraba judicialmente separado de D<sup>a</sup> Eugenia y que aquél no otorgó testamento, la división hereditaria de D. Carlos quedaría repartida..." de modo que como los tres hijos son herederos forzosos, respecto de sus bienes les correspondería a cada uno un tercio del 50% de las fincas de D. Carlos.

Sostenemos que esta premisa es incorrecta puesto que teóricamente es cierto que habiendo fallecido intestado D. Carlos sus hijos le heredan por terceras partes sólo lo será no el 50% de su participación en todas y cada una de aquéllas fincas sino respecto de las que fuese titular al momento de su fallecimiento, lo mismo que D<sup>a</sup> Eugenia. Esto es se computarán en el caudal relicto de cada cónyuge las que resulten adjudicadas a cada uno en virtud de la liquidación de la sociedad de gananciales que existan en el momento de su fallecimiento, y aquéllos otros bienes que pudieran adquirir a título privativo a partir del momento de la separación judicial.

Por otro lado, si bien es cierto que los litigantes son legitimarios de D. Carlos, y están llamados a su herencia, se precisa el Acta de Notoriedad que así los declare al no haber éste otorgado testamento. La cuestión no es baladí puesto que para liquidar su herencia deberán estar presentes todos aquéllos que puedan estar llamados a la misma, de modo que sí lo son D<sup>a</sup> Almudena, D<sup>a</sup> Camila y D. Juan Manuel, habrá que acreditar que no existen otros hijos extramatrimoniales. El peticionario deberá presentar bien la copia del auto o bien acta de notoriedad donde se contenga su reconocimiento como heredero del causante; o bien del testamento en su caso, de modo que en relación a este punto y sin perjuicio del antiformalismo presente en esta regulación que avala la concesión de un plazo de subsanación podemos estimar perfectamente extrapolable la doctrina jurisprudencial emanada del T.S. en sentencias ya antiguas de 21 de diciembre de 1914, 8 de noviembre de 1907 y 17 de diciembre de 1905 cuando mantiene, entonces con ocasión del juicio voluntario de testamentaría, que no resultando debidamente acreditada la legitimación, o si fuera dudoso el título presentado, deberá rechazarse de plano la solicitud.

**CUARTO.-** Lo hasta aquí expuesto lleva a la Sala a concluir que tal como se ha formulado el procedimiento para la liquidación, previo inventario, de los bienes que integran el caudal relicto de D<sup>a</sup> Camila y D. Carlos entre sus tres hijos es INADECUADO y vulnera la LEC, llevando además a los litigantes por un camino inútil porque será IMPOSIBLE a través de este cauce obtener la adjudicación -entendemos que es la pretensión final- de los bienes relictos al fallecimiento de sus padres.

En efecto, el cauce procesal establecido en los artículos 782 y ss, división judicial de patrimonio hereditario de D<sup>a</sup> Eugenia y D. Carlos, separados judicialmente en 1983 y fallecidos uno testado y otro intestado en 2003 y 2004 respectivamente, EXIGE que previamente se liquide entre sus sucesores (ello incluye acreditar la condición de tales a través del acta de notoriedad respecto de D. Carlos) la sociedad de gananciales disuelta en 1983. De este modo, una vez conocidos los bienes "privativos" de cada cónyuge integrados por los adjudicados en aquélla liquidación y los adquiridos con posterioridad que subsistan a la fecha del fallecimiento de cada uno se puede proceder a inventariar los bienes que integran el patrimonio de cada causante, que se adjudicarán por parte iguales en el caso del padre y atribuyendo la legítima estricta a D<sup>a</sup> Almudena, y el resto se repartirá a partes iguales entre los hermanos. Sin aquel paso previo -liquidación de la sociedad de gananciales- no será posible avanzar hasta el siguiente, tan es así que el principal problema que se plantea a los litigantes es precisamente la determinación de la naturaleza privativa o ganancial respecto de un inmueble edificado sobre suelo ajeno, sólo cuando se determine esta naturaleza privativa o ganancial y se ADJUDIQUE a uno o a otro cónyuge (o a ambos en una cuota), podrá formar parte del inventario del caudal relicto de D. Carlos, de D<sup>a</sup> Eugenia o de ambos.

En tal sentido se orienta la reciente Sentencia del T.S. de 14 de diciembre de 2005 cuando expone:

"La estimación del motivo octavo de casación se funda en que esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos; y no sólo, como parece suponer la sentencia recurrida, cuando se registra la omisión de la participación en las operaciones particionales de alguno de los llamados a suceder por ser distintos los herederos en una y en otra operación sucesoria."

La reciente STS de 2 de noviembre de 2005 considera nula una partición por el hecho de que la Sala "ha considerado correcta la partición hecha por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaría, los divide como si de un patrimonio

único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes".

Ya había establecido con anterioridad en STS de 8 de junio de 1999 que: "que la liquidación no supone solo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago ..., en definitiva, era obligada la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el perecimiento de estos motivos ". En igual sentido las SS de 17-4-43, 14-2-68, 23-10-97.

En el caso examinado resulta obvio que se produce aquella consecuencia indeseada, determinante, por ende, de la vulneración del principio de equidad en la correcta formación de los lotes y de la nulidad de la partición, habida cuenta de que el fallecimiento de la primera causante hacía obligado liquidar la sociedad de gananciales que mantenía con su esposo, posteriormente fallecido, así como calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de éste como heredero en el tercio de libre disposición, para proceder a continuación a la partición del haber hereditario no adjudicado al esposo en virtud de dicha liquidación y, seguidamente, de manera separada, a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia -determinados con arreglo a las consecuencias ya conocidas de la liquidación de la sociedad conyugal y de la primera sucesión, en la que el esposo figuraba como heredero-."

En definitiva, la Sala considera que la demanda no puede ser estimada, y que tal como está planteada no puede pretenderse la liquidación del haber hereditario de los fallecidos padres entre los hijos litigantes si es que previamente no se liquida la sociedad de gananciales cuando una ha fallecido testado realizando una distribución de bienes de su herencia desigual entre sus hijos, y el padre intestado, correspondiéndoles a los litigantes (y los que en su caso resulten ser declarados herederos) una atribución igualitaria de los bienes.

**QUINTO.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

## **FALLAMOS**

Que estimando el Recurso de Apelación formulado por D<sup>a</sup> Almudena representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Saborido Ledo contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Verbal nº 327/04 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponteareas la debemos revocar y revocamos íntegramente en el sentido de acoger de oficio la INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO dejándola sin efecto y remitiendo a los apelantes al cauce adecuado para la liquidación del patrimonio hereditario de los padres de los litigantes según consta en los Fundamentos de esta resolución sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. MANUEL ALMENAR BELENGUER, Presidente; D<sup>a</sup> MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ , ponente y D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.