

ECLI: ES:APPO:2010:1812

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES. Regímenes de comunidad. Sociedad de gananciales. Liquidación. SUCESIÓN HEREDITARIA. Derecho sucesorio general. Partición de la herencia. Inventario. -- Derecho sucesorio general. Partición de la herencia. Impugnación e ineficacia.

TEXTO

En Pontevedra a once de junio de dos mil diez

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00328/2010

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 155/10

Asunto: DIVISION HERENCIA 328/05

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 PORRIÑO

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

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

D. LUIS CARLOS REY SANFIZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.328

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de división de herencia 328/05, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Porriño, a los que ha correspondido el Rollo núm. 155/10, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Santiago , no personada en esta alzada; apelante-demandada: D. Camilo , DÑA Luz Y DÑA Mariola , representado por el procurador D. CARMEN TORRES ALVAREZ y asistido por el Letrado D. JOSÉ ENRIQUE PAZ FERNÁNDEZ, y como parte apelado-demandado: D. Natividad , D. Juan Miguel , DÑA Paula Y D. Ángel Daniel , no personados en esta alzada, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS CARLOS REY SANFIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Porriño, con fecha 6 octubre 2009, se dictó sentenci a cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la propuesta de inventario presentada por la representación procesal de Santiago , declaro que las partidas integrantes del activo y del pasivo del caudal hereditario de Iván son las que se indican en la propuesta de inventario formulada por la representación procesal de la actora, con las siguientes salvedades:

1.- La finca urbana (partida 1) sita en DIRECCION009 NUM000 forma parte del activo hereditario en la en que forma parte del activo ganancial habido con la primera esposa del causante en el porcentaje de 5/8; en la mitad indivisa de 2/8 junto con sus hijos Camilo , Luz y Mariola; y en la medida en que forma parte del activo ganancial habido con la segunda esposa del causante en el porcentaje de 1/8.

2.- La finca DIRECCION013 (partido 2), identificada en el informe pericial judicial, y con una extensión de 1714 m², se considera integrante del activo hereditario en la medida en que forma parte del activo ganancial habido con la segunda esposa.

3.- La 3ª parte de la finca DIRECCION010 (partida 4ª) forma parte del activo hereditario en tanto que perteneciente a la sociedad conyugal habida con la segunda esposa, y las dos primeras partes con la primera.

4.- Se excluyen las fincas " DIRECCION011 " y " DIRECCION012 ", así como las acciones a que se hace referencia en la partida 2 de los bienes muebles.

5.- Habrá de estarse al dictamen pericial en cuanto a la identificación de las fincas que en él se relacionan.

6.- No se aprueban en este momento las valoraciones propuestas, que habrán de llevarse a cabo en la fase ad hoc del procedimiento.

7.- La partición que se efectúe del caudal hereditario así fijado habrá de repartir previamente los bienes gananciales de las dos sociedades conyugales vigentes durante la vida del causante.

Quedan a salvo los derechos de terceros.

Sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Santiago , D. Camilo , Dña Luz , Dña Mariola 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 veintiséis de mayo 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.- La representación procesal de la parte demandante, Santiago , esposa en segundas nupcias de Iván , y la representación procesal de parte de los demandados, en concreto, de Camilo , Luz y Mariola , todos ellos hijos de Iván habidos de su primer matrimonio con Paulina , interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia de 6 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de O Porriño, en Procedimiento de División de Herencia nº 328/2005. Fueron también demandados en el presente procedimiento de división de la herencia de don Iván sus otros hijos habidos en su segundo matrimonio, precisamente con la demandante, siendo aquéllos Natividad , Juan Miguel , Paula y Ángel Daniel

Solicitan ambas partes recurrentes la revocación parcial de la sentencia y la estimación de las diferentes alegaciones vertidas en sus recursos y que versan sobre la inclusión de determinadas partidas en el inventario del caudal del causante y, especialmente, sobre la naturaleza de determinados bienes de dicho inventario, ya como privativos del causante, ya como gananciales respecto del primer matrimonio, ya como gananciales respecto del segundo matrimonio. Las diferentes alegaciones se refieren a los siguientes activos:

1. Finca rústica de DIRECCION013 .- La representación procesal de los hijos del causante habidos en su primer matrimonio se muestra disconforme, en primer lugar, con la inclusión en el inventario del caudal hereditario del causante de la finca rústica denominada " DIRECCION013 " (partida 2 del inventario de la actora) de forma separada de la finca urbana del mismo nombre, sita en DIRECCION009 NUM000 . En segundo lugar, alega que la finca no pertenece en su totalidad a la sociedad conyugal del causante y su segunda esposa.

Se alega en concreto por dicha parte que no hay ningún documento que haga referencia a la compra de la finca rústica que el Juez a quo separa de la "casa y salido" y que "solamente constan documentos de compra y permuta obrantes en autos de partes de la casa y finca DIRECCION013 ". Por otro lado, argumenta que "la existencia de dos fincas catastrales está en que la citada finca tenía parte urbana y parte finca a labradío". Solicitan, en consecuencia, que las porciones adjudicadas en la sentencia correspondientes a las titularidades de la finca urbana sita en Chenlo-Escusa 7 (5/ 8 para el causante en ganancial con la primera mujer, mitad indivisa de 2/8

junto con los hijos del primer matrimonio, y mitad indivisa de 1/8 con su segunda esposa) se apliquen también a la finca rústica de " DIRECCION013 ".

Alega también dicha parte la incongruencia de la sentencia con el inventario aportado por la demandante, donde expone que la finca rústica de DIRECCION013 era privativa de su difunto marido, con lo que no ve motivo para acordar en sentencia que el bien era ganancial conjuntamente con la demandante, lo cual iría contra la teoría de los actos propios, solicitando que se considere dicha finca como privativa del causante. Subsidiariamente solicita partir del carácter privativo de la finca, pero apreciando conjuntamente que el único documento donde aparece la adquisición de la finca es el documento de 1954, cuando estaba casado en primeras nupcias, por lo que dicha finca sería ganancial del primer matrimonio.

Finalmente, con carácter alternativo, para el caso de que no se asumiese por esta Sala ni la petición principal ni la subsidiaria expuestas, se hace valer que el recibo de 2 de noviembre de 1967, aportado por la demandante, en ningún caso puede probar la adquisición de la mencionada finca rústica, pues no hace ninguna mención a ella. En consecuencia, alega, tendría más razón aplicar la presunción de ganancialidad al primer matrimonio, que sería cuando se hicieron la mayor parte de las adquisiciones.

A todo ello se opone la parte demandante solicitando, al respecto, la confirmación de la sentencia recurrida.

2. Finca Urbana de DIRECCION013 , sita en DIRECCION006 , NUM000 .- La parte demandante alega que el reparto de la finca urbana DIRECCION013 realizado en la sentencia y consistente en 5/ 8 en comunidad ganancial del causante con su primera esposa y en 1/8 como comunidad ganancial del causante con su segunda esposa no tiene ningún apoyo probatorio. En concreto, se indica que los documentos de 1962 y 1967 avalan la adquisición de 2/8 en régimen ganancial por parte de la demandante, a lo que habría que añadir 1/8 más de la vivienda, tal y como declaró la demandante en el acto de la vista y a falta de documental que la contradiga, con lo en su escrito de apelación solicita que se fije, respecto de la finca urbana sita en DIRECCION009 NUM000 , un reparto que sería de 3/8 para el causante y la primera esposa, 2/8 para el causante e hijos del primer matrimonio y 3/8 pertenecientes a la sociedad de gananciales con la segunda esposa.

A ello se opone, a su vez, la representación procesal de los demandados recurrentes, alegando que si se utilizase el documento de 1962 (recibo) para justificar otro 1/8 más de la casa como ganancial del segundo matrimonio no existiría prueba para la finca rústica que se asigna por la sentencia, a virtud de dicho documento, íntegramente a la parte demandante.

Por último, la representación procesal de la demandante solicita que se tengan en cuenta, respecto de la finca urbana sita en DIRECCION009 NUM000 , el valor de las reformas y ampliación presuntamente realizadas en la vivienda durante el segundo matrimonio. A ello se opone la representación procesal de los demandados recurrentes por falta de prueba.

3. Finca denominada DIRECCION010 .- Solicita la representación procesal de los demandados recurrentes que se reconozcan 2/3 de dicha finca como pertenecientes a la sociedad conyugal habida con la primera esposa del causante, tal y como propuso la demandante en su inventario.

4. Finca denominada DIRECCION000 .- Se solicita por la representación procesal de los demandados recurrentes que se aclare la sentencia, por cuanto si bien ésta no se refiere expresamente a dicha finca, parece fijarse por la misma en su fundamento de derecho tercero que existe acuerdo entre las partes en considerarla como perteneciente al causante y a su segunda esposa. Se fundamenta esta solicitud en el propio inventario de la demandante.

5. Acciones enajenadas a fecha de 5 de abril de 2005 por el causante. Se solicita por la representación procesal de la demandante que se incluya el valor de dichas acciones en el inventario del causante por haber sido enajenadas sin la preceptiva autorización de la demandante, titular en un 50% de dichas acciones. Se opone la representación procesal de los demandados recurrentes.

SEGUNDO.- Con carácter previo 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 78 2 y ss.

Al respecto, Santiago , esposa del causante don Iván en segundas nupcias y separada judicialmente del mismo antes de su fallecimiento, presenta demanda contra los hijos habidos por el causante en su primer matrimonio con Paulina y contra los hijos habidos conjuntamente con el causante, en las que serían las segundas nupcias de éste, a fin de que se divida el caudal relicto de su fallecido consorte. Las circunstancias que, a mayores, concurren en el caso, son las siguientes:

El causante y su primera esposa contrajeron matrimonio del cual nacieron tres hijos comunes, a saber, Camilo , Luz y Mariola . Viudo el causante, contrae segundas nupcias con la demandante, de cuyo matrimonio tuvo cuatro hijos comunes, a saber, Natividad , Juan Miguel , Paula y Ángel Daniel . El causante se separa judicialmente de su segunda esposa por sentencia de 5 de julio de 200 2. Tal y como indica la sentencia recurrida, no consta la liquidación de ninguno de los dos regímenes de sociedad de gananciales que habrían tenido vigencia durante la vida del causante por causa de sus dos matrimonios.

El 8 de noviembre de 2004 fallece Iván , que había otorgado testamento abierto en el que, aparte de legítima que corresponda a su mujer, lega a su hijo Camilo sus derechos sobre la finca DIRECCION014 , a su hija Luz la finca DIRECCION010 , a sus hijos Camilo , Luz y Mariola , por partes iguales, sus derechos sobre la finca, casa y viña denominada DIRECCION000 , sobre la finca DIRECCION001 y sobre la finca y casa DIRECCION013 , a su hija Natividad sus derechos sobre la finca y viña DIRECCION002 , a su hijo Juan Miguel sus derechos sobre la finca DIRECCION003 , a su hija Paula sus derechos sobre la finca DIRECCION004 , a su hija Mariola sus derechos sobre la finca y viña DIRECCION005 y la finca DIRECCION006 , a su hijo José sus derechos sobre la finca DIRECCION007 y la finca DIRECCION008 . Finalmente instituye herederos por partes iguales en el resto de sus bienes a sus siete hijos.

TERCERO.- Pretende la demandante la división del caudal hereditario de su fallecido esposo a través de este procedimiento, comenzando por la Diligencia de Inventario, con lo cual parte, al igual que la representación procesal de los demandados recurrentes, de una incorrecta premisa a juicio de esta Sala:

Respecto de la Sociedad de gananciales, ambas partes recurrentes parten de considerar como perteneciente al causante la mitad indivisa de cada uno de los bienes y derechos pertenecientes a la comunidad de gananciales que surgió en cada uno de los matrimonios del causante. Ello se desprende del inventario propuesto por la parte demandante (por ejemplo, respecto a la finca urbana sita en DIRECCION009 NUM000: "pertenece a la sociedad de gananciales... 2/8 partes de la referenciada vivienda... resultando el causante, en consecuencia, propietario, por mitad de la fracción referenciada". Más adelante se añade: "las 2/8 partes restantes pertenecen al causante en el porcentaje del 50%, tal y como se constata a medio de contrato... constante el matrimonio con Dña. Paulina "). Lo mismo se desprende del inventario propuesto por los demandados recurrentes (por ejemplo, respecto de la DIRECCION000 , pertenecería al causante la "mitad indivisa de la finca"). Sin embargo no es cierto que cada uno de los bienes que los recurrentes consideran como gananciales pertenezcan individualmente, en un 50% de cada uno, al causante y a su respectiva esposa.

Efectivamente, como indica reiterada doctrina y jurisprudencia, la sociedad de gananciales conforma una sociedad de tipo germánico (o en mano común) y no romana (por cuotas). Como se indicó por esta Audiencia en Sentencia de 6 de julio de 200 6, "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 consecuencia, hasta que se practique la liquidación de cada una de las sociedades de gananciales que quedaron disueltas de acuerdo al artículo 1392 de Código Civil (LA LEY 1/1889), se desconoce qué bienes son adjudicados a un o a otro cónyuge, y en consecuencia le pertenecen con carácter exclusivo.

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 don Iván entre su (segunda) esposa, los tres hijos habidos en su primer matrimonio y los cuatro hijos habidos con la demandante, es inadecuado y vulnera la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 del causante.

En efecto, el cauce procesal establecido en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la división judicial del patrimonio hereditario, en este caso de don Iván, exige que previamente se liquide entre sus sucesores las sociedades de gananciales que tuvieron vigencia en vida del causante. De este modo, una vez conocidos los bienes "privativos" de cada cónyuge y, por consiguiente, los "privativos" del causante, se puede proceder a inventariar los bienes que integran el patrimonio de don Iván. Sin este paso previo -liquidación de las sociedades de gananciales- no será posible avanzar hasta el siguiente, y de hecho el principal problema que se plantea a los litigantes es precisamente la determinación de la naturaleza privativa o ganancial de diversos bienes y derechos, que en el presente caso es de evidente complejidad, tal y como hemos relatado en nuestro fundamento jurídico primero. Sólo cuando se determine esta naturaleza privativa o ganancial de los bienes y derechos en cuestión y se adjudiquen al causante o a su respectiva primera o segunda esposa (o conjuntamente al causante y a la respectiva esposa en una cuota), podrán formar tales bienes y derechos parte del inventario del caudal relicto de don Iván.

QUINTO.- El Juez a quo fundamenta su decisión de liquidar las sociedades de gananciales en el seno del presente procedimiento de la siguiente manera: "en tanto no consta la liquidación de ninguno de los dos regímenes de sociedad de gananciales que habría tenido vigencia durante la vida del causante, éstos deberán liquidarse durante la tramitación de la presente (al no haber

existido petición expresa en tal sentido, deberá el contador proceder a la efectiva división de los bienes gananciales antes de partir los que integren la herencia); lo que resulta posible a la vista de que de forma indiscutida se ha llamado al procedimiento a todos los partícipes (SAP A Coruña, 1/4/2009). Es por ello por lo que en el presente acto sólo se hará relación de los bienes y derechos que integran el patrimonio del causante, sin concreción de cuota respecto de los que tuviesen naturaleza ganancial, pero reconociendo tal carácter, como tampoco se entrará en su valoración, que debe ser llevada a cabo en fase distinta del procedimiento".

Sobre la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales en el procedimiento de división de herencia ya se pronunció esta Audiencia, entre otras, en sentencia de 24 de septiembre de 2009, que analiza minuciosamente esta problemática de la siguiente manera:

"La dificultad radica en el procedimiento que se debe seguir para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales cuando la causa de disolución es la muerte de uno o ambos cónyuges ex art. 1392.1 y 85 del C. Civil previo a la división de la herencia y el nudo gordiano del problema es si debe seguirse el régimen previsto en el Capítulo II del Título II del Libro IV los artículos 806 y ss antes de liquidar el patrimonio hereditario o bien el Capítulo I del mismo Título de los art. 782 y ss de la LEC acumulando ambas liquidaciones. Cabe asimismo la posibilidad de una tesis intermedia en la que los interesados podrán optar por acudir a uno u otro procedimiento de división de patrimonios de forma indistinta pero sin que quepa acumulación de ambos (AP de Ourense de 3/03/04) y también de los que lo admiten sólo en el caso de que todos los bienes del matrimonio fuesen gananciales, los dos cónyuges muriesen sin testamento con todos los descendientes comunes y sin deudas particulares (SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2007).

Examinaremos a continuación las posturas existentes y propondremos la solución que mejor se adecúa, a criterio de este Tribunal para la solución del conflicto, como hemos hecho en anteriores resoluciones de esta Sala.

TERCERO.- Posturas a favor de la acumulación en un único procedimiento.- Desde esta perspectiva se considera que el trámite previsto en los art. 806 y ss (De la liquidación del régimen económico matrimonial) queda reservado exclusivamente para cónyuges vivos y en el que la disolución se produce como consecuencia de una crisis matrimonial. Es la tesis que sostiene Montero Aroca en la doctrina abocando al procedimiento único de la liquidación del patrimonio hereditario. Argumentos que se proporcionan para ello:

1.1. La dicción literal de los preceptos: argumentan que la redacción literal de los arts. 806, 808.1, 809.1 e 810.1, 3, 4 e 5 da LEC induce a entender que el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales está previsto por el legislador para los casos en los que la causa de disolución del régimen económico matrimonial venga determinada por una resolución judicial. Si tiene lugar por el fallecimiento de alguno de los cónyuges o de ambos el procedimiento a seguir será el de la división de la herencia acumulándose en el mismo las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales.

Si verdaderamente el legislador pretendía que muriendo uno de los cónyuges se debiera seguir el trámite especial previo del art. 806 no habría establecido en el art. 808.1 establezca que la solicitud de inventario depende de la admisión a trámite de la demanda de nulidad separación o divorcio o del inicio del proceso de disolución del régimen económico. Del mismo modo que la admisibilidad de la solicitud de liquidación depende de la firmeza de la resolución judicial sobre la disolución del régimen económico matrimonial en el art. 810.1 de la Le y adjetiva.

1.2. La inexistencia de prohibición legal expresa a los requisitos de la acumulación previstos en el art. 77 de la LEC. Así los Autos de A. P. Castellón de 29 de abril de 2005, A. P. Valladolid de 19 de junio de 2006 o Jaén de 3 de mayo de 2007.

1.3. Criterio de la 'economía procesal'. En esta Audiencia la Sección 3ª, Auto de 29 de marzo de 2005 permite esta acumulación a pesar de reconocer una inicial imposibilidad al amparo del art. 77.1 da LEC pero admitiéndolo por elementales razones de economía procesal' y teniendo en cuenta: a) la 'vis atractiva' que se atribuye en esa resolución a la división de la herencia; b) la

estrecha vinculación entre la liquidación de los patrimonios ganancial y hereditario; y la inexistencia de lesión del derecho de defensa de las partes y de pérdida de derechos procesales.

Idéntica es la postura defendida por la SAP de Pontevedra nº 421/05 de 28/7/05 y 6/11/08, que vincula la posibilidad de acumulación con el art. 24 da C E y a la necesidad de evitar el 'peregrinaje judicial' y no existe precepto legal expreso que prohíba tal opción acumulativa.

1.4.- La realización de la liquidación dentro de la partición hereditaria es una facultad atribuida a los contadores partidores como indica la Sección 3ª de la AP de Pontevedra en resoluciones de 1/6/07 y 13/4/07) por el contenido del art. 293 da LDCG 2/2006.

1.5 Usus fori (AP Lugo de 13 de diciembre de 2007)

1.6 El art. 810 de la LE C remite, a falta de acuerdo entre los cónyuges, las normas de la división de la herencia previstas en los arts. 785 y ss.

CUARTO.- Posturas en contra de la acumulación en un único procedimiento.-Consideran que la LEC en su redacción de 2000 contempla dos procedimientos para la división de patrimonios con trámites distintos, de modo que siendo las normas procesales de orden público no se puede obviar su contenido como afirma Díaz Fuentes en la doctrina. Argumentos que avalan esta postura:

1.1. El art. 77.1 de la LE C, sobre acumulación de autos, no permite la misma en un solo procedimiento de ambas liquidaciones si es que se produce una pérdida de las garantías procesales.

La acumulación defendida por los partidarios de esta tesis supone a su juicio, en realidad una infracción de los arts. 73 y ss. de la LE C dado que no cabe acumulación de acciones cuando cada una de ellas deba ventilarse, por razón de materia, por juicios diferentes -cual es el caso-.

2.1. Los arts. 806 y ss no tienen como presupuesto indispensable la existencia de una previa demanda de en sede de una crisis matrimonial judicial sino que se deberían aplicar también cuando la causa de la disolución es el fallecimiento de uno de los cónyuges o de ambos por de lo contrario se podría obligar al cónyuge supérstite a participar en un procedimiento de división de una herencia con la finalidad de liquidar a sociedad de gananciales cuando es posible que no tenga ningún derecho en la herencia del premuerto o renunciara a ellos, según se afirma por Díaz Fuentes en la doctrina, por SAP de Barcelona de 26/10/01, AP de Vitoria nº 76/04, do 24/11/04, y Auto de 21/1/05 y de esta misma Sala de 30 de marzo de 2006, y la de 25 de junio de 2008 donde decíamos que: 'Bien es verdad que el art. 808 LE C, al regular el inicio del procedimiento, recoge que, admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, "cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario', pero ello no implica que la legitimación quede circunscrita a los propios cónyuges, con exclusión de sus causahabientes, primero, porque no se trata de un derecho personalísimo, y, segundo, porque no se contiene ninguna disposición que exceptúe de la aplicación de las normas generales establecidas en los arts. 659 y concordantes del Código Civil.

1.3. Obligar a los herederos del causante a los trámites del art. 782 y ss implica condenarlos a una 'vía muerta' dado que cuando lo que se pretende o lo que en todo caso es indispensable antes de la división hereditaria es la liquidación de la sociedad de gananciales ya existe perfectamente definido en los arts. 806 y ss recoge el mismo Auto de esta Sala con cita de la sentencia de la AP Madrid, de fecha 24-6-2003, en sentido coincidente al expuesto, viene a señalar que 'tales operaciones divisorias encuentran en la LEC, en orden a su iter procedimental, el específico cauce de los arts. 809 y concordantes, que, aunque es cierto que sólo hacen referencia a los 'cónyuges', ello no puede excluir, en caso de fallecimiento de los mismos, el que la correspondiente acción sea ejercitada, o en su caso continuada, por sus herederos; debiendo imponerse una interpretación coherente y sistemática de las fórmulas legales utilizadas, en armonía con las exigencias del art. 24 C E, que reconoce el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, y no puede negarse dicha condición jurídica a los herederos de una persona fallecida, en relación con las acciones de que ésta era titular, a salvo las de carácter personalísimo, no pudiendo encuadrarse entre éstas las

relativas a la liquidación del régimen económico-matrimonial; entendiendo que el remitir a las partes a los trámites de los arts. 78 2 y ss implica el condenarles a una vía muerta, pues la misma resulta totalmente inadecuada al fin propugnado, al no encontrarnos ante una partición hereditaria, sino en un procedimiento liquidatorio de la sociedad de gananciales que tiene en la ley un marco perfectamente definido en los arts 80 6 y ss. y respecto del que si bien los únicos legitimados son, en principio, los propios cónyuges, no puede negarse tal condición a quienes, por la muerte de aquéllos, son sus herederos, ocupando en sus relaciones jurídicas, ya sustantivas o bien procesales, la misma posición que el causante.'

1.4. Desde la perspectiva de una interpretación sistemática y auténtica el legislador ha optado por la existencia de dos tipos de procedimiento para tramitar materias distintas precisamente para evitar los problemas que la acumulación (mejor inexistencia de procedimiento autónomo) suscitaba en la anterior LEC (LA LEY 1/1881). En la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 (LA LEY 58/2000) el legislador expresa que junto con la voluntad de establecer una mayor simpleza en división de la herencia, se realiza una regulación de un nuevo procedimiento 'específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación del régimen económico matrimonial, con el que se da respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se venía poniendo reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente'.

1.5. Los 'usus fori' malamente pueden servir de argumento cuando de normas procesales estamos tratando, aparte de que el usus fori se daba con la legislación anterior de 1881, que la de 2000 precisamente vino a cambiar.

1.6. En relación a la aplicación del art. 293 de la LDCG 2/200 6, aún cuando la norma indica que 'na partición, o contador-partidor poderá liquidar a sociedade conxugal co cónxuxe sobrevivente ou os seus herdeiros' pero tal posibilidad no está prevista para la partición judicial sino para la realizada por el contador-partidor designado por el causante 'no propio testamento ou en escritura pública' (art. 283 de la citada Ley 2/200 6).

1.7. Imposibilidad de que los interesados puedan solicitar la intervención judicial de la herencia en los términos del art. 792 LE C. En efecto si no está practicada la liquidación de la sociedad de gananciales no se sabe qué bienes pertenecen al causante y es lo cierto que este trámite no se puede diferir para después porque el art. 79 4 indica que debe solicitarse 'al tiempo de promover a declaración judicial de herederos' o 'de solicitar la división judicial de la herencia'.

Como señala Fraga Mandián 'podría alegarse que cabe solicitar a intervención inventariando todos los bienes de la sociedad de gananciales pero tal solución puede causar importantes problemas cuando se nombre como administrador (art. 795 da LA C) a uno de los herederos del fallecido con facultades de administración no sobre los bienes del causante (que aún se desconoce cuáles son) sino sobre un patrimonio ganancial, pudiéndose vulnerar los derechos del cónyuge no fallecido o de los herederos del cónyuge cuya herencia no se está dividiendo (los herederos no tienen que ser comunes). Lo mismo ocurriría si uno de los dos cónyuges fallecidos prohibió en testamento la intervención judicial de la herencia o estableció medidas sobre administración y conservación de los bienes (arts. 792 e 795 LE C) porque la acumulación impediría la intervención de la herencia del cónyuge que no manifestó tal prohibición y porque no se podrían acordar las medidas de conservación de la herencia del causante que así lo decidió (no existe inventario separado de su patrimonio hereditario).'

QUINTO.- Conclusión.- Pues bien, a juicio de esta Sala la vía procesal adecuada para esa liquidación previa de la sociedad de gananciales es la prevista en los arts. 806 y ss. LE C, que regula específicamente el 'procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial'.

Más concretamente, el art. 80 6 dispone en relación al ámbito de aplicación del procedimiento: 'La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables'.

Sobre este particular, la sentencia de este Tribunal de 30 de marzo de 2006, al analizar la apelación basada en la supuesta inadecuación del procedimiento en razón a que habiendo fallecido ambos cónyuges el procedimiento adecuado era el correspondiente a la división de patrimonios hereditarios y no el promovido de formación de inventario en orden a la liquidación del régimen económico matrimonial contemplado en el art. 809 de la LE C, ya resolvió: '(...) como paso previo a la división judicial de patrimonios hereditarios se requiere la determinación del caudal hereditario que se pretende partir, cuyo inventario es la primera actuación que cabe llevar a cabo en el procedimiento regulado en los arts 782 y ss LE C, que no contempla la precedente liquidación del régimen económico matrimonial del causante. En tal sentido, la sentencia del TS, de fecha 17-10-2002, viene a señalar que constituye presupuesto o elemento esencial de la partición la determinación del patrimonio hereditario del causante, y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En el supuesto examinado, una vez disuelta la sociedad de gananciales de los esposos.... como consecuencia de la resolución judicial que en el año 1988 vino a decretar su separación matrimonial, tal como prevé el art. 1392-3º del C C, se ha venido a formar una comunidad postganancial integrada inicialmente por los propios cónyuges y, tras el fallecimiento de ambos, por sus respectivos herederos, que se halla pendiente de liquidación. Parece, pues, evidente la legitimación de los herederos de los esposos causantes para solicitar la liquidación de dicha comunidad postganancial, y, por ende, para instar la previa formación de inventario por los trámites del art. 809 LE C, de conformidad con lo prevenido en el art. 661 del C C, a cuyo tenor los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, estando facultados, por lo tanto, para el ejercicio de las acciones que a su causante correspondían.'

Criterio, el expuesto, que se mantiene y corrobora en la sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2006 y 25 de junio de 2008.

En suma, si se formula una demanda de división de herencia como es el caso y consta que no se liquidó la sociedad de gananciales entre los causantes, lo adecuado será, como obra en la instancia, no admitir a trámite la demanda (por inadecuación de procedimiento conforme a los arts. 403 (LA LEY 58/2000), 414 (LA LEY 58/2000), 416 (LA LEY 58/2000), 423 (LA LEY 58/2000) y 443. 2 de la LEC (LA LEY 58/2000), según dijimos en nuestro Auto de 25/6/08) porque la consecuencia de proceder a una partición sin la liquidación del régimen económico previo se califica por la STS de 17 de octubre de 2002 que "cae en nulidad por carecer del presupuesto básico de determinación del patrimonio hereditario de causante", de tal manera que el procedimiento seguido, amén de desde un punto de vista procesal puede ser, según los casos (número de herederos, características de su llamamiento, concurrencia de deudas, etc.) enormemente confuso resultando lo prudente conocer previamente y con exactitud que bienes, derechos y obligaciones integran el caudal hereditario de cada 'cónyuge', resulta técnicamente lo más correcto. Lo anterior no obsta a que en determinados casos sencillos esta Sala haya mantenido que si 'en el escrito iniciador del procedimiento que nos ocupa se había solicitado expresamente que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, además, y ello es lo más importante, no existe obstáculo alguno a que ello tenga lugar en sede de este procedimiento por evidentes razones de economía procesal sin merma alguna de garantías en los términos del art. 806 de la LE C ni indefensión alguna toda vez que: los cónyuges han fallecido, no han hecho testamento, y los llamados a la sucesión son los mismos hermanos como legitimarios. En este caso la determinación de lo que era haber partible en cada una de las sucesiones pierde interés porque no existirá una mayor atribución a un heredero que al otro en la misma (SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2007)'."

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 don Iván entre su (segunda) esposa, los hijos de su primera esposa y los hijos de su segunda esposa si es que previamente no se liquidan las dos sociedades de gananciales que tuvieron vigencia en vida del causante.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LE C 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. 39 4. 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

Se estiman los recursos de apelación presentados y se revoca la sentencia de instancia de 6 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de O Porriño, en Procedimiento de División de Herencia nº 328/200 5, en el sentido de acoger de oficio la INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO, dejándolo sin efecto y remitiendo a los apelantes al cauce adecuado para la liquidación del patrimonio hereditario de don Iván según consta en los Fundamentos de esta resolución, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.