

1.4. Sucesiones

Comunidad conyugal y partición hereditaria:
la previa liquidación del régimen económico-matrimonial

*Hereditary partition and community property:
the previous allocation of matrimonial*

por

M.^a PAZ POUS DE LA FLOR
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho Civil de la UNED¹

y

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Titular Acreditada

RESUMEN: La partición pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal atribuyendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. De modo que la cuota abstracta previa al reparto, gracias a la partición se concreta, detalla y fija los bienes y derechos específicos correspondientes a cada cónyuge o heredero. Por tanto, la partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, si bien en ningún caso comprende la mitad de la comunidad ganancial del cónyuge supérstite. En buena lógica, la partición hereditaria, si el causante está casado, requiere de la previa liquidación de la comunidad conyugal para la determinación de los bienes de titularidad del fallecido.

ABSTRACT: *The partition end to the hereditary or married community attributing the exclusive property of the asset allocation. So, the previous abstract quota to the allotment, whit the partition the somethings and rights corresponding to each. The partition produces the extinction of the legacy community, in any case understands half of the married's survivor community ganancial. The hereditary partition, if one is married, requires of the previous allocation of the matrimonial property for the determination of the things of the deceased's.*

PALABRAS CLAVE. Sucesiones; Partición; comunidad conyugal.

KEY WORD: *Legacy; partition, communal property.*

SUMARIO: RESUMEN.—PALABRAS CLAVE.—I. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y PARTICIÓN HEREDITARIA: ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES: 1. LA NECESARIA DIVISIÓN PREVIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL. 2. DIVISIÓN DE PATRIMONIOS Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA PRACTICADA POR LOS CÓNYUGES. 3. DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. 4. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN HEREDITARIA COMO ACTOS SEPARADOS: LA DOCTRINA DE LA DGRN. 5. NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA POR LA INCLUSIÓN DE

BIENES GANANCIALES EN LA HERENCIA DEL CÓNYUGE FALLECIDO SIN HABER LIQUIDADO LA SOCIEDAD CONYUGAL. 6. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA NECESARIA PARTICIÓN HEREDITARIA: TRANSMISIÓN DIRECTA DE DERECHOS A LOS HIJOS DEL PRIMITIVO CESIONARIO.—II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: 1. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES: INVENTARIO Y AVALÚO. 2. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN. 3. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD PARA ACTUAR. 4. EL SUPUESTO DE LOS BIENES RESERVABLES.—III. TRAMITACIÓN ACUMULADA DE LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y PARTICIÓN HEREDITARIA: ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES

1. LA NECESARIA DIVISIÓN PREVIA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2012, recapitula los efectos de la partición hereditaria y sus consecuencias con ocasión de una disputa entre coherederos, siendo uno de ellos el que alega infracción del artículo 1056 del Código Civil en lo que a la partición se refiere². En puridad, en el asunto de autos, cada uno de los progenitores, en sus respectivos testamentos, «otorgan a determinados hijos la legítima estricta, o la mejora y establecen legados de parte alícuota e instituye herederos “por partes iguales” a algunos de los hijos». Desestimada, por no ser aplicable al caso la partición hecha por los testadores, el ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ fija los términos de la partición: «es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero. Así se expresan las SSTS de 21 de mayo de 1990 (carácter de especificativa o determinativa de derechos...), 5 de marzo de 1991 (convertir el derecho abstracto en titularidades concretas...), 3 de febrero de 1999 y 28 de mayo de 2004 (la partición específica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición...) y 12 de febrero de 2007»³.

Por su parte, la mejor doctrina deduce los caracteres de este conjunto de operaciones o judicial que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas del contenido de la herencia, como acto jurídico, necesario, irrevocable y de naturaleza declarativa⁴. En buena lógica, con su práctica cesa la comunidad hereditaria y el derecho abstracto de los coherederos en la herencia, de modo tal que se transforma en derecho concreto sobre los bienes adjudicados a cada uno.

En este sentido, la práctica de la partición reclama otra división patrimonial como es, en su caso, la liquidación del régimen económico-matrimonial de gananciales y participación. De *facto*, aunque pueda ser concebida como actividad integrada en el conjunto de operaciones participacionales, en sentido estricto, se trata de actos jurídicos distintos e independientes.

En cuanto al derecho ritual de aplicación en la actualidad, hemos de remitirnos a los procedimientos judiciales especiales sobre la división patrimonial previs-

tos por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en sus artículos 782 a 811. Esta sistemática, en sentido estricto, conforma, una trípode de procedimientos, voluntario el primero, destinado, en puridad a alcanzar un acuerdo, concierto o anuencia de voluntades; especial y sumario, el segundo, una vez transformado al verbal, ante la discrepancia, conflicto o desacuerdo latente, tras aquel intento fallido de consenso, con sus respectivos recursos de apelación, casación e, incluso, amparo; y ordinario, al fin, el tercero⁵.

2. DIVISIÓN DE PATRIMONIOS Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA PRACTICADA POR LOS CÓNYUGES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, ventila un asunto en que la partición hereditaria fue practicada por los propios testadores en sus respectivos testamentos y determinando cuáles son sus efectos. Por su parte, la sentencia de instancia declaró en su momento, que la partición hecha por los fallecidos cónyuges, progenitores de los litigantes en sus respectivos testamentos era válida y eficaz, condenando «a los demandados a estar y pasar por ella, a que formalicen el correspondiente cuaderno que recogiendo las adjudicaciones realizadas por las partes con todos los datos que sean necesarios complementar, pueda ser elevado a escritura pública y a que los herederos entreguen a cada adjudicatario los bienes de sus respectivos lotes e hijuelas».

La mencionada resolución confirma la de instancia, desestimando el recurso de casación, «estructurado en tres motivos, todos al amparo del ordinal primero del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil en su redacción anterior a la reforma, invocándose en el primero de ellos la infracción, del artículo 1068 del Código Civil, pues, a su entender, si bien existen unos testamentos de los padres en los que se distribuyen unos bienes entre los hijos, sin embargo, no se ha procedido a la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, por lo que al atribuir la sentencia la titularidad de unos bienes a unos herederos por mero testamento, se infringió el citado artículo 1068 que requiere, para la atribución dominical de los bienes adjudicados, la partición legalmente hecha; motivo que no puede prosperar, pues si el artículo 1056 del mismo cuerpo legal, admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante —“se pasará por ella” dice el precepto—, es indudable que *sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056, concede a los herederos forzados en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o razonablemente se presuma que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador».

De modo que el principal efecto de la partición del efecto es el de atribuir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, por lo que con razonamientos expuestos «llevan al rechazo del segundo motivo en el que se de-

nuncia la infracción del mismo artículo 1068, pues si bien es cierto, como afirma el recurrente, que ni el testamento ni la declaración de herederos *abintestato* son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados y ello porque tales títulos solo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicko que permanece en indivisión, no es menos cierto que una vez practicada la partición aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo, y en el caso de *litis*, como se acaba de decir, la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria».

Por su parte, el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, permite que la liquidación de la sociedad conyugal pueda ser practicada por el comisario y el cónyuge viudo, sin intervención de los herederos. Y así, en el *Capítulo III. Partición por contador-partidor*, la Ley 340 sobre las facultades atribuidas determina: «El causante, en cualquier acto *mortis causa*, podrá nombrar uno o varios contadores-partidores, quienes, salvo lo que aquel hubiese establecido, tendrán facultades para realizar por sí solos la partición de la herencia, liquidar en su caso con el cónyuge viudo la sociedad conyugal, y todas las demás necesarias para la partición de los bienes del causante o para intervenir en la división de bienes a los que aquel tuviere derecho. El testador podrá facultar al contador-partidor para que, sin necesidad de intervención ni aprobación judicial de la partición, pueda adjudicar todo o parte de los bienes hereditarios a alguno o algunos de los herederos y disponer que la cuota de los restantes sea pagada o completada en dinero»⁶.

3. DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

La división de herencia y la liquidación del régimen económico-matrimonial están contempladas en sede de división judicial de patrimonios, como procedimientos especiales⁷. Ambos tienen como objeto la división y reparto de un patrimonio común cuando sus titulares no resuelven por sí el modo de practicarlo. Por tanto, el presupuesto preliminar es el disenso entre los interesados, por lo que en buena lógica y en principio se ventilarán en sede judicial. Adicionalmente, concurre la nota de universalidad, pues se dirigen a la totalidad de un patrimonio, y no sobre bienes o derechos delimitados.

Para efectuar la partición es preciso tener en cuenta y aplicar los preceptos del Código Civil, relativos a las sucesiones⁸ (legítimas, mejoras, legados...), y en su caso, los relativos al régimen económico-matrimonial de bienes⁹ (liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación), aunque, en la *praxis*, las operaciones particionales, como agudamente subraya el profesor LASARTE (2013), «viene impuesta más por la tradición forense y por la lógica de las cosas que por prescripciones concretas del Código Civil o de las Leyes de Enjuiciamiento Civil»¹⁰.

Prueba de ello es que básicamente las operaciones particionales, en uno u otro caso, se concretan en la elaboración del inventario, avalúo, liquidación, adjudicación y división propiamente dicha, y en el caso de la partición hereditaria, también, habría que añadir a este conjunto de actuaciones, la colación¹¹. Así lo especifica el Código Civil cuando afirma en el artículo 1410, que en todo lo no previsto para la sociedad de gananciales «sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de los bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia».

La razón jurídica que sustenta este procedimiento especial es la de dividir entre varias personas un patrimonio conjunto. De ahí que el legislador optase por un procedimiento idéntico en sus rasgos generales: ambas operaciones se practican en un documento encabezado, usualmente, con los datos de los intervenientes, títulos en virtud de los que actúan, relación de bienes y derechos que comprende la masa patrimonial, enumerados y valorados para el inventario del activo y del pasivo, y con ello, fijar los lotes y las correspondientes adjudicaciones¹².

Por su parte, los autores clásicos¹³ solían incluir la división de la comunidad conyugal en la fase de liquidación; sin embargo, en la actualidad la doctrina científica y jurisprudencial antepone la liquidación conyugal a la partición hereditaria, por cuanto deben considerarse como dos actos jurídicos distintos e independientes¹⁴.

Ahora bien, cuando concurren bienes inmuebles, estas operaciones particionales suelen realizarse en escritura pública notarial e incluir ambas en un único documento denominado «escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia»¹⁵. Ambos procesos siguen una línea común al exponer en la escritura los datos relativos al inventario y avalúo de todos los bienes, diferenciando los gananciales de los privativos, los remanentes y la adjudicación de bienes en lotes o hijuelas. Desde esta perspectiva material, la liquidación del régimen económico-matrimonial no es más que una parte integrante de la partición de la herencia. Empero, el Código Civil, al regular el régimen jurídico de liquidación de la sociedad de gananciales en los artículos 1396 a 1410, lo aborda como instituto de naturaleza propia e imperativa. Constituye un elemento preliminar para la división de la herencia e independiente de la partición hereditaria. En resumidas cuentas, la liquidación de la sociedad de gananciales y partición hereditaria son distintos y relativos a patrimonios diferentes¹⁶.

4. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN HEREDITARIA COMO ACTOS SEPARADOS: LA DOCUMENTINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En este punto, para la DGRN la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria son actos jurídicos separables, de antecedentes y consecuencias distintas. La RDGRN, de 2 de febrero de 1960, ya afirmaba que: «No debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división de haber partible, transformando la cuota ideal de cada interesado en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquella liquidación con la partición de los bienes de uno de los cónyuges».

Más recientemente, la RDGRN, de 2 de agosto de 2012, sostiene: «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible».

En la RDGRN de 10 de noviembre de 2011, el registrador denegó la práctica de la inscripción porque, a su juicio, era necesaria la liquidación de la sociedad de gananciales para completar el proceso particional y acompañar el inventario de todos los bienes hereditarios. Declara de forma prístina que «en la escritura no se procede a la previa liquidación de la sociedad de gananciales, a pesar de que el fallecido estaba casado en gananciales con la viuda otorgante, como se reconoce en el propio documento. Tampoco se hace inventario total de los bienes de la herencia, ni de las deudas o elementos del pasivo, sino tan solo se dice que *entre otros* los bienes relictos son los siguientes..., y se describe la finca. Por tanto, como es evidente, no puede entenderse realizado el avalúo total de los bienes y cargas de la herencia».

Finalmente la RDGRN concluye: «Además, la partición debe ir precedida de la liquidación de la sociedad de gananciales, como condición indispensable para determinar el haber partible, y ello aunque solo afecte a bienes privativos»¹⁷. Es doctrina consolidada que liquidación de gananciales y partición hereditaria son dos negocios jurídicos independientes; incluso aunque se practiquen en un único documento o escritura, y de forma conjunta los inventarios, resulta preciso determinar y diferenciar claramente cuáles son los bienes y derechos imputables a un haber o a otro para posteriormente proceder al reparto o liquidación del haber hereditario.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene idéntico criterio sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria como actos jurídicos distintos¹⁸. La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2012, siendo ponente Encarnación ROCA TRIAS, desestima el recurso de casación en el que se alegaba la innecesariedad de liquidar la sociedad de gananciales conjuntamente con las operaciones particionales, cuando se atribuyen a los herederos los derechos correspondientes al causante en dichos bienes¹⁹: «La partición tiene como objeto las titularidades de la herencia, aunque no se dividan materialmente, por tanto, se efectúa una división jurídica, que no debe ser necesariamente una división material. Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del artículo 650 del Código Civil, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extinguían con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte, de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales. Por ello serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales. Esta regla no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de

la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio, ya que: 1. Existe una única finca ganancial... 2. En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidades por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad subsistente entre el cónyuge supérstite y los tributarios de este derecho en la partición. 3. Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio. 4. (...) porque ninguna disposición en el Código Civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existiría, pero puede no coincidir con la de la herencia. 5. Las sentencias que se aportan como infringidas no imponen esta liquidación... ninguna de ellas se ajusta al actual litigio, en el que la albacea contadora-partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el caudal hereditario está definido...»²⁰.

5. NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA POR LA INCLUSIÓN DE BIENES GANANCIALES EN LA HERENCIA DEL CÓNYUGE FALLECIDO SIN HABER LIQUIDADO LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2006, resuelve un recurso decretando la nulidad de la partición, dada la ausencia de la previa liquidación de la comunidad de gananciales: «El verdadero fondo, *quaestio iuris*, ha sido resuelto correctamente por las sentencias de instancia... la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal y como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código Civil, la cual, como dice el artículo 659, comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite. Tal y como precisa la sentencia de esta Sala de 7 de septiembre de 1998: el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre los bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática RDGRN de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece que es necesario que los bienes distribuidos en una petición testamentaria sean propios del causante. Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales, no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante»²¹.

Ahora bien, cuestión distinta es dilucidar la naturaleza imperativa de la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo a partición hereditaria, avalada por un sector doctrinal²², y no compartida de forma unánime por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal. La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2009, desestima el recurso interpuesto por la actora alegando la necesidad de disolver la sociedad de gananciales como paso previo a la distribución de la herencia, cuando se ha procedido a la liquidación y partición de la herencia entre ella y los herederos, y para ello concluye «que la liquidación de la sociedad de gananciales ya había sido consentida por los legitimados para ello, es decir, la viuda y los herederos del cónyuge fallecido, sin que se niegue la necesidad de disolver la sociedad de gananciales para distribuir la herencia del cónyuge fallecido entre sus herederos. En definitiva, mantiene que concurrieron los elementos esenciales para la validez del acuerdo por el que se liquidó la sociedad conyugal, a

saber consentimiento, objeto y causa», y la RDGRN, de 20 de julio de 2001, corrobora que «se exceptúa el caso de que se parta de la herencia de ambos cónyuges y todos los bienes inventariados sean gananciales».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1997, estima el recurso interpuesto y casa la sentencia, toda vez que procede la nulidad de la partición por no haberse practicado previamente la liquidación del régimen económico-matrimonial. Declara la resolución que: «Interpuesto recurso de casación por don Pedro U. R. y don Emilio U. A., su primer motivo alega infracción de los artículos 659 y 661 del Código Civil en armonía con el artículo 1261.2, del mismo texto legal; argumenta que en el pretendido cuaderno particional de 3 de marzo de 1951 se han incluido como bienes privativos del causante don Benito U. B., bienes de carácter ganancial. Dice la sentencia de 14 de febrero de 1989 que “como tiene declarado esta Sala en sentencias de 25 de febrero de 1966 y 23 de marzo de 1968, son aplicables a la partición las reglas relativas a la nulidad de los negocios jurídicos, dado que se trata de una actividad de hecho y jurídica equiparable, claro es que tiene aplicación la normativa contenida en el artículo 1261 del Código Civil, y por tanto la precisión de objeto cierto, que no se da cuando como aspecto determinante de lo que ha de ser objeto de partición se comprenden bienes del causante con alteración fáctica y jurídica del concepto atributivo de su domicilio, dando como común del matrimonio integrado por la causante lo que se reconoce privativo en él, generando en consecuencia en el acto particional un negocio jurídico de índole contractual celebrado no válidamente, que en virtud de lo que en el artículo 1290 del Código Civil, no conduce a la solución de rescisión, que requiere contemplación de negocio jurídico contractual válido, sino de nulidad, cual acoge la sentencia recurrida, surgida de tal defecto en el objeto, con el efecto que previene el artículo 1300 del referido cuerpo legal sustantivo”; en parecidos términos, afirma la sentencia de 7 diciembre de 1988 que “el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet, nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaría en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho precepto general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de la *partición de sus bienes*, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala —sentencias de 20 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974 y 5 de junio de 1985—”, sentencia que es citada por la de 18 de marzo de 1991 reiterando ese criterio de nulidad».

Continúa la resolución que: «Acreditado en autos que las fincas litigiosas atribuidas a doña Natividad Gorgonia U. R. en la partición de la herencia de su padre don Benito U. B. realizada el 3 de marzo de 1951, fueron adquiridas por el causante en estado de casado con doña María R. M., sin que conste acreditado que regía entre ellos otro régimen económico que no fuera el de la sociedad de gananciales y no constando tampoco el carácter privativo del precio pagado por dichos inmuebles no podrán incluirse en el caudal relicto por don Benito, dado su carácter

ganancial; de ahí que la partición realizada en 3 de marzo de 1951 adolezca de un vicio de nulidad al comprenderse en ella bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa y no habiéndose procedido a la previa disolución del régimen económico-matrimonial, resultando infringidos los artículos 659, 661 y 1261.2.^o, del Código Civil que se citan en el motivo que debe ser acogido».

En cualquier caso, es opinión unánime y pacífica entre doctrina científica y jurisprudencial, que con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal confiriendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes que se le adjudiquen. De manera que la cuota abstracta previa al reparto, queda concretada gracias a la partición que detalla y fija los bienes y derechos específicos correspondientes a cada cónyuge o heredero. Por tanto, mientras no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no adquirirán los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario, tal y como indica el artículo 1068 del Código Civil²³.

6. EXCEPCIONES A LA EXIGENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA NECESARIA PARTICIÓN HEREDITARIA: TRANSMISIÓN DIRECTA DE DERECHOS A LOS HIJOS DEL PRIMITIVO CESIONARIO

En la sentencia de 14 de junio de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla, se ventila una interesante excepción a este régimen de liquidación previa: «Ciento es que el núcleo esencial del que parte la debida solución al problema jurídico que la acción divisoria ejercitada plantea, y que ejercitan los hermanos don Manuel, don Francisco y don José Z. M. frente a sus hermanos doña Dolores y don Antonio, es la “determinación de la titularidad *pro indiviso* de todos ellos sobre la finca litigiosa”, presupuesto sustantivo ineludible para que tal acción divisoria prospere. Y cierto es también que el núcleo esencial de la posición de los demandados radica en “negar dicha titularidad, por entender que, habiendo sido adquirida dicha vivienda por el padre común, en estado de casado, y tratándose pues de un bien ganancial, es preciso que previamente se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales de los padres, fallecida ya la madre común, y a la división o participación hereditaria del caudal yacente”, para determinar así la titularidad de los litigantes sobre la finca adquirida del Ayuntamiento de Carmona. La sentencia impugnada hace un espléndido estudio de tal problemática, si bien no es dado aceptar de “personalísimo” el derecho que asistió al padre adquirente sobre la vivienda de protección oficial adquirida, pues no es este el problema jurídico sino el que se expone a continuación. En efecto: el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Carmona, con fecha 4 de octubre de 1991, acuerda ceder a los coherederos del señor Z., el derecho de propiedad sobre el inmueble, o lo que es lo mismo, las expectativas de acceso a la propiedad que la adquisición de una vivienda de protección oficial lleva implícita, de acuerdo con la legislación aplicable al contrato de cesión a plazos de 1 de octubre de 1969, y que está constituida por el Decreto de 24 de julio de 1968 modificado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1976. En consecuencia, la cesión operada es perfecta en virtud del principio de que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan al cumplimiento de lo estrictamente pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley” (art. 1258 del CC). Lo que además, autoriza a afirmar que, pagada la totalidad del precio por los coherederos, la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de cesión transforman en consumada

la cesión operada, con independencia total de si se ha otorgado o no la escritura pública convenida en el contrato primitivo, cuya falta no puede provocar en ningún caso la nulidad que por otra parte no se ha solicitado formalmente en ningún procedimiento. Es patente que en el caso enjuiciado “se ha operado, en primer lugar, una renuncia expresa del señor Z., padre de los litigantes, a sus derechos sobre la vivienda litigiosa, y en segundo lugar, una transmisión directa de tales derechos del Ayuntamiento de Carmona seguía siendo propietario dominical de la finca litigiosa y en consecuencia podía transmitir plenamente sus derechos sobre tal inmueble a los hijos del señor Z., previa renuncia de éste”. Hay por consiguiente una situación civil de “comunidad o copropiedad *pro indiviso*”, cuya disolución autoriza sin ambages el artículo 400 del Código Civil. No puede hablarse, por consiguiente, de situación de indivisión que dependa de una situación de herencia yacente indivisa, que, de existir provocaría la previa liquidación por muerte de la madre, de la sociedad conyugal y la necesaria partición hereditaria. Certo es que “una vez disuelta la sociedad de gananciales y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los concretos bienes que la integran corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas, de las que puedan disponer separadamente; persiste por tanto autonomía patrimonial de esta masa activa, lo que trasciende a las titularidades singulares sobre los distintos elementos del activo, las cuales si bien se imputan directamente a ambos esposos, quedan sujetas a un régimen específico de gestión y disposición basado en la unanimidad, y habrá de esperarse a la realización de la pertinente liquidación para la determinación de los derechos que sobre cada uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo” (RDGRN de 8 de julio de 1991). Pero no es menos cierto que esta doctrina opera en los casos de situación de liquidación pendiente, mas no “cuando la transmisión de los derechos se ha producido directamente desde el Ayuntamiento propietario a los hijos del adquirente, previa renuncia de éste a las legítimas expectativas que sobre la vivienda adquirida pudieran corresponderle. No hay nada que liquidar ni nada que repartir, puesto que, repetimos, la problemática jurídica que este pleito ofrece no dependa de situación alguna de indivisión hereditaria, lo que de producirse haría aplicable el artículo 1068 del Código Civil, sino de una transmisión directa de derechos a los hijos del primitivo cessionario”. En consecuencia, de todo lo anteriormente expuesto procede, con desestimación en parte del recurso, la revocación también en parte de la sentencia impugnada, pues la Sala entiende que, reducida la problemática del caso enjuiciado a un tema específicamente jurídico, la complejidad del caso en el contexto familiar en que las pretensiones se desenvuelven, han de reputarse como expresivas de circunstancias excepcionales que autorizan a la Sala para no hacer un pronunciamiento expreso de las costas de la primera instancia, aplicando en consecuencia el párrafo 2.º del artículo 523 de la LEC, y revocando en este solo extremo la sentencia impugnada; confirmándola en todo lo demás».

II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

Teniendo en cuenta las apreciaciones precedentes, el procedimiento especial de liquidación previsto en los artículos 806 a 811 de la LEC, resulta aplicable a cualquier tipo de régimen económico-matrimonial que «determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones». Por tanto quedan incluidos los generales del Derecho Común, como la

sociedad de gananciales y el régimen de participación, y los específicos, como la sociedad de conquistas en Navarra y el consorcio conyugal en Aragón²⁴, o el régimen económico en la cuarta parte de los *milloraments* al que pueden acogerse los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (*espolit*) en Ibiza y Formentera²⁵. En cualquier caso, la liquidación del régimen económico-matrimonial implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, quedando a salvo los bienes privativos de cada uno de ellos.

1. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIAS: INVENTARIO Y AVALÚO

Para proceder a la liquidación es necesario llevar a cabo el inventario tanto de los bienes y derechos de carácter ganancial cuanto de las obligaciones y deudas que pesan sobre la sociedad de gananciales, tal y como prescribe el artículo 1396 del Código Civil: «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad». Como especificaban LA CRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: «vale el inventario en cualquier forma en que se otorgue, y es eficaz contra todos los partícipes que hayan concurrido a su levantamiento, e incluso contra quienes hayan sido debidamente citados y no concurren. El documento en el que se consigne deberá reunir garantías de autenticidad *inter partes*»²⁶. Pues, en el caso de que las partes, no estuvieran de acuerdo con alguna de las operaciones realizadas o en su conjunto, los interesados podrán instar el procedimiento especial ante el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre la disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil, al ser el competente para conocer sobre este tipo de actuaciones, artículo 807 de la LEC²⁷.

No olvidemos que el inventario puede ser realizado judicial o extrajudicialmente, aunque eso no significa que la liquidación realizada sin inventario sea inválida, pues si los cónyuges se han repartido los bienes como han estimado conveniente, esa partición no es nula, pues siempre queda a salvo la responsabilidad *ultra vires* para el supuesto de que no se hayan pagado las deudas de la sociedad, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil²⁸.

En cualquier caso, el inventario habrá de comprender en el activo, como prescribe el artículo 1397 del Código Civil: 1.) Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2.) El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. 3.) El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este.

Y en el pasivo de la sociedad, el artículo 1398 del Código Civil enumera: 1.) Las deudas pendientes a cargo de la sociedad. 2.) El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad. 3.) El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

En la elaboración del inventario de los bienes gananciales pueden intervenir ambos cónyuges o el cónyuge superviviente y los herederos del causante (o el

contador partidor testamentario). También, los acreedores del consorcio, no así los acreedores singulares. Sin embargo, los acreedores privativos de uno de los cónyuges pueden hacer valer el carácter privativo de un bien, si se pretende incluir como ganancial, siempre que aporten pruebas suficientes que justifiquen la pretensión. En cualquier caso, si existe desacuerdo decidirá la autoridad judicial.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de diciembre de 1993, ha considerado: «La cuestión jurídica nuclear que se debate se centra en la determinación del momento idóneo para efectuar la valoración de los bienes constitutivos de la sociedad de gananciales habida entre las partes contendientes, a los fines de establecer las adjudicaciones que corresponden en el reparto, una vez acordada la disolución de la misma (...) con razón, pues, explica la sentencia de la Sala *a quo*, que si bien la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la correspondiente a la de la sentencia firme, la de la liquidación de la misma será aquella en la que efectivamente se produzcan las operaciones antes indicadas, y será a esta fecha a la que habrá de realizar la valoración de los bienes. El fundamento jurídico se infiere de lo dispuesto en los artículos 1396 y 1397 del Código Civil que distinguen entre dos momentos, disolución y liquidación y relacionan la elaboración del activo y del pasivo con los valores actualizados de los bienes que se suman o detraen, obviamente al tiempo en que se procede a su liquidación»²⁹.

Para el supuesto de que los cónyuges manifestasen su no conformidad sobre la inclusión o la exclusión de algún concepto en el inventario o sobre la valoración de cualquiera de las partidas, el trámite procedimental es el previsto para el juicio verbal, cuya sentencia resolverá no solo sobre las cuestiones suscitadas, sino que aprobará el inventario de la comunidad conyugal, resolviendo la administración y disposición de los bienes comunes. Esta tramitación procesal conlleva que la sentencia dictada no puede ser recurrida en casación³⁰. Resueltas las incidencias, el secretario judicial citará a los interesados para que comparezcan y ratifiquen el inventario, con ello se da por concluido el acto.

Una vez llevado a efecto el inventario, la liquidación del régimen económico-matrimonial se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas en el artículo 810 de la LEC, que exige que la liquidación sea solicitada por alguna de las partes, de modo que la realización del inventario no implica un paso automático a la fase de liquidación. Por cuanto las partes deben de nuevo comparecer ante el secretario judicial para llegar a un acuerdo definitivo sobre la propuesta de liquidación en donde se han incluido con la debida separación: de un lado, el pago de las indemnizaciones y reintegros que la sociedad tenga pendientes; y de otro, la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta en la formación de los lotes las normas de Derecho Sucesorio aplicables.

En defecto de acuerdo podría nombrarse a un contador y, en su caso, a un perito para que practique las operaciones divisorias de acuerdo a las pautas previstas para la división de patrimonios recogida en los artículos 784 y siguiente de la LEC.

En la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, lo primero que hay que pagar son las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias, que en cualquier caso tendrán preferencia, artículo 1399 del Código Civil. La doctrina precisa que «las cantidades periódicas o pensiones que cónyuges e hijos pueden autoatribuirse durante el periodo comprendido entre la disolución de la sociedad de gananciales y la adjudicación efectiva de los bienes que a cada quien correspondan para atender sus propias necesidades no representan adjudicación alguna, sino una mera imputación contable con carácter de anticipo»³¹, así se deduce de lo establecido en el artículo 1408 del Código Civil, cuando dice: «pero se les rebajará de este en la parte que exceda de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas»³².

Respecto a la adjudicación de bienes, el artículo 1406 del Código Civil concede una preferencia a cada cónyuge para hacer suyos, dentro de la parte que le corresponde de los gananciales, ciertos bienes concretos, que son: 1.º) los de uso personal, que sean gananciales; 2.º) la propia explotación agrícola, comercial o industrial; 3.º) el local donde ejercía su profesión, y 4.º) la vivienda habitual, en caso de la muerte del otro cónyuge.

2. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN

Conviene recordar que el régimen de participación actúa durante su vigencia como el de separación de bienes, por lo que a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que puedan adquirir después por cualquier título. Pero su extinción da derecho a cada cónyuge a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en el que dicho régimen haya estado vigente.

La LEC de 2000 ha creado ciertas particularidades procesales especiales respecto a su liquidación, ya que al no haber una masa común de bienes, no es necesario realizar un inventario, sino que se solicita directamente la fase de liquidación para poder proceder al pago de las deudas si las hubiere. La propuesta de liquidación debe ir acompañada de una estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, expresando, en su caso, la cantidad resultante a pagar por el cónyuge que haya experimentado un mayor incremento patrimonial.

En defecto de acuerdo, el secretario judicial citará a una vista, que seguirá los trámites del juicio verbal, donde las partes podrán alegar y probar las cuestiones planteadas. La sentencia resolverá todas las cuestiones suscitadas, además deberá determinar los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, así como la cantidad que debe satisfacer el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un mayor incremento y la forma en que ha de hacerse el pago. A diferencia del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales en el régimen de participación no es posible el nombramiento de un contador o perito.

Este procedimiento de liquidación asemeja una conciliación judicial, siendo el secretario judicial el que asume el papel mediador en la tramitación del proceso. Quizás hubiera sido conveniente que el legislador hubiera aprovechado esta reforma legislativa de la LEC del 2000 para regular un sistema procedimental más ágil donde las intervenciones judiciales se hubieran restringido lo máximo posible, pues: «En el mundo que nos interesa, liquidar comunidades conyugales es cuestión que se encarga a buenos notarios y a abogados decentes, que llegado el caso litigan, pero solo sobre puntos muy concretos. Los hechos demuestran con la tozudez que es propia de ellos, que las liquidaciones judiciales resultan ser en la teoría jurídica rudimentarias y mal fundadas y en la realidad económica verdaderos desastres para una de las partes litigantes, cuando no para ambas»³³.

La división de la herencia tiene por objeto poner fin a la comunidad hereditaria, que es una situación transitoria que comienza con la adquisición de la herencia y culmina con la partición y subsiguiente adjudicación de bienes concretos. La partición es, pues, la causa normal de extinción de la comunidad hereditaria y del derecho abstracto que tienen los comuneros sobre la herencia, que pasa a convertirse en un derecho concreto sobre los bienes que se adjudican a cada uno (art. 1068 del CC)³⁴.

Para la determinación y adjudicación de esos bienes concretos, el sistema procesal español habilita un mecanismo judicial calificado por la doctrina procesalista de «agónico», ya que la división de la herencia, se conforma, en la actualidad, por un trípode de procesos, voluntario el primero, destinado, en puridad a alcanzar un acuerdo, concierto o anuencia de voluntades; especial y sumario, el segundo, una vez transformado al verbal, ante la discrepancia, conflicto o desacuerdo latente, tras aquel intento fallido de consenso, con sus respectivos recursos de apelación, casación e, incluso, amparo; y ordinario, al fin, el tercero, una vez agotadas sin éxito las instancias anteriores, con idéntica proyección de los recursos correspondientes³⁵.

La primera nota esencial que se atribuye al proceso de división judicial de la herencia es su carácter contencioso, al que continúa su subsidiariedad o supletoriedad, universalidad, extinción de la comunidad hereditaria y preceptividad.

La naturaleza contenciosa de este tipo de procesos ha sido puesta en duda por la doctrina procesalista³⁶; por su parte, nuestros Tribunales no han unificado criterio alguno, de modo que coexisten sentencias que mantienen la carencia de una naturaleza contenciosa en el proceso de división de la herencia, como la SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010, «esta proyección legal del proceso responde, sin duda, a la idea de que sin el acuerdo entre los interesados, propio de un acto de jurisdicción voluntaria, su efectividad es más bien escasa, ya que, en cualquier caso, la sentencia que resuelve la aprobación de las operaciones divisorias, carece de eficacia de cosa juzgada, como establece el artículo 787.5 de la LEC», con las que defienden la naturaleza contenciosa de la división de la herencia como el Auto de 27 de julio de 2004, «en los casos en los que exista discrepancia entre los interesados en la formación del inventario se prevé a diferencia de lo que ocurría en la antigua LEC la resolución de estas cuestiones por los trámites del juicio verbal, el cual tiene una naturaleza incidental dentro del mismo procedimiento»³⁷.

El análisis de estas discrepancias jurisprudenciales en torno a la naturaleza de este proceso ha llevado a CALAZA LÓPEZ a considerar «que puede afirmarse que existen, al respecto, tres tesis, dos puras y una mixta, si bien la tesis mixta tiene mayor rigor, toda vez que el proceso de división judicial de la herencia está conformado, en su globalidad, por dos fases, una voluntaria y la otra contenciosa. Así, la primera fase discurre como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que puede concluir por decreto, cuando se dirimiesen las operaciones de partición a plena satisfacción de todos los interesados; y una segunda fase contenciosa, que concluye por sentencia, con pronunciamientos sobre las costas»³⁸.

3. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD PARA ACTUAR

Respecto a la legitimación y la capacidad necesaria para instar el procedimiento para la división judicial de la herencia, el artículo 782.1 de la LEC establece expresamente que: «cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que esta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial». Por su parte, el Código Civil advertía con carácter previo, en el artículo 1052 sobre el reclamante que habrá de ostentar la libre administración y disposición de sus bienes y gozar de plena capacidad patrimonial³⁹, precepto necesitado de armonización con el contenido del artículo 1058 y en los supuestos de menores personas incapacitadas y ausentes de sus representantes legítimos, no siendo necesaria la intervención ni autorización judicial (art. 1060 del CC).

La exención de autorización judicial en el caso de menores e incapacitados, no es una cuestión sobre la que concurra unanimidad doctrinal. En el caso de las personas incapacitadas judicialmente, la regla general no presenta dificultad intelectiva. Así, el curador o tutor designado ostenta un concreto ámbito de actuación fijado por la propia autoridad judicial, por tanto, la dispensa del artículo 1060 no es de aplicación en este punto y, además, «dada la actual regulación de la incapacitación y atendiendo a la flexibilidad en el contenido y efectos de la correspondiente sentencia, habrá que atender fundamentalmente a lo establecido en la propia declaración judicial de incapacitación, ya que la sentencia puede contener notas sobre el particular»⁴⁰.

Respecto a la representación de los menores, habrá de estarse a lo dispuesto al efecto en la legislación civil, si bien: «A favor de la interpretación amplia del artículo 1060 cabe alegar que no hay razón para prohibir al representante del menor actos cuya gravedad no es mayor que la de cualquier enajenación onerosa, y que pueden contribuir a agilizar las operaciones participionales»⁴¹. Además, en caso de tener ambos padres intereses contrapuestos al de sus hijos, siempre se procederá al nombramiento de un defensor judicial que los represente; y si el conflicto existe solo con un progenitor, será el otro quien represente al menor, en este sentido caben citar las recientes Resoluciones de la DGRN, de 14 de junio de 2013⁴²; 2 de agosto de 2012⁴³; 11 de diciembre de 2012; 4 de septiembre de 2012 y 26 de septiembre de 2011.

En relación al menor emancipado, es dudosa la interpretación de ofrecer un complemento para instar por sí la partición. La doctrina propone exigir el consentimiento de sus padres o, en su caso, del curador; o que el menor pueda instar la partición por sí mismo, por aplicación e interpretación conjunta de los artículos 323 y 322 del Código Civil⁴⁴. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal representará a los menores o incapacitados que carezca de órgano tuitivo legal y estén interesados en la herencia, así como a los ausentes que se encuentren en ignorado paradero, hasta que estén habilitados sus respectivos representantes legales o defensores judiciales, artículo 783.4 LEC⁴⁵.

La LEC 2000, omite toda referencia a la legitimación del cónyuge supérstite, considerándolo un mero interesado y partícipe en la junta de herederos. Pese a este silencio legal, no hay la menor duda que el cónyuge sobreviviente está legitimado procesalmente para solicitar el reparto judicial de los bienes hereditarios, salvo que no sea considerado al tiempo heredero. Resulta necesario ostentar la condición formal de heredero, testamentario, legitimario o *abintestato*, para estar legitimado para solicitar la división, en contra de lo que ocurría con la anterior regulación legislativa que limitaba la legitimación activa en el juicio de testamentaría a los herederos testamentarios.

En el caso de los acreedores de la herencia, el artículo 782.3 de la LEC, les niega tal legitimación, de manera que las acciones que puedan corresponderles contra la herencia, la comunidad hereditaria o contra los coherederos deberán ejercitárlas en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia. Legislativamente, a estos acreedores de la herencia se les ofrecen otros mecanismos cautelares o puramente contenciosos para satisfacer sus legítimos intereses, siempre que se demuestre tener a su favor el cobro del crédito, este se va a satisfacer con cargo a la globalidad de la herencia, resultándole indiferente a quién o quiénes hubiera correspondido, incluso podría asegurarse el cobro antes de la propia partición. La ley garantiza con esta medida que los acreedores cobren el importe de sus créditos del caudal relicto antes de que se reparta entre los coherederos⁴⁶.

Hecho distinto es, en el caso de los acreedores de uno o más de los coherederos, el artículo 782.5 de la LEC, que les permite intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. La razón estriba en que los acreedores sí tienen un interés directo en la partición, toda vez que su cobro se hará depender, como resulta obvio, de la adjudicación que, finalmente, se haga al coheredero o, en su caso, a los coherederos deudores. Por tanto, parece oportuna su legitimación en el proceso, pues con ello se va a evitar la pasividad de los coherederos irresponsables en el pago de sus deudas.

4. EL SUPUESTO DE LOS BIENES RESERVABLES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1963, aborda un interesante supuesto en materia de partición hereditaria y liquidación de la sociedad conyugal, concursando bienes reservables y el momento en que nace la acción de los reservatarios. La resolución de desestimar el recurso de casación interpuesto por los ahora recurridos y actores en primera instancia, hermanos de vínculo sencillo de los recurrentes, censurando al Tribunal *a quo* haber incurrido en un doble error de hecho en la apreciación de la prueba: «por no haber estimado que “la actuación de los actores, hoy recurridos, en determinado acto de conciliación celebrado con los recurrentes, suponía una aceptación de la herencia testada de su madre común impeditiva de cuanto en el proceso postulan aquellos, y, de otra, al no haber admitido que la sociedad de gananciales formada por dicha ascendiente con su segundo marido había sido liquidada al fallecimiento de este”, afirmaciones fácticas ambas que entienden los recurrentes, se hallan en abierta oposición; con la demanda, y acta de conciliación la primera, y, con lo consignado en la escritura de partición de 10 de febrero de 1948, la segunda, documentos unos y otros que se invocan como demostrativos de la equivocación denunciada, mas el motivo no puede prosperar en ninguna de sus dos orientaciones porque, prescindiendo de que ni la demanda ni el acta de conciliación tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación, es que además, ni siquiera se argumenta sobre su texto, cuya redacción no consta, mostrando, como sería inexcusable, la supuesta contradicción, limitándose por el contrario a especular sobre la apreciación de la Sala en cuanto enjuicia aquella actividad procesal que se juzga equivocada, y por lo que respecta a la escritura de partición de la herencia en que se apoya la crítica de lo afirmado por la Sala en cuanto no admite haberse liquidado la sociedad de gananciales porque, en dicha escritura, no consta tal liquidación sino la mera declaración de la viuda de considerarse pagada la mitad que le correspondía y, esta lacónica declaración que no desconoce el Tribunal *a quo*, únicamente prueba que fue hecha, mas no que fuese cierta la liquidación, que es lo aceptado por la Sala, y que no contradice documento auténtico alguno». Tampoco aprecia la pretendida «aplicación indebida del artículo 978 en relación con el 969 del Código Civil y la interpretación de las normas que regulan la prescripción de acciones, concretamente el 1964, es desestimable, porque, la acción ejercitada y la declaración proferida por el fallo recurrido, en manera alguna se refieren a la de cumplimiento de la obligación de garantía que al viudo o viuda impone el precepto mencionado, lo que, por otra parte, fallecido el reservista carece de viabilidad, sino a la que tienen los reservatarios cuando por el fallecimiento del reservista su derecho expectante se consuma y esta acción, por nacer en la fecha del óbito, en el caso de 29 de septiembre de 1956, no ha podido prescribir»⁴⁷.

III. TRAMITACIÓN ACUMULADA DE LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA Y LIQUIDACION DE GANANCIALES

El Auto de la Audiencia Provincial de Almería, de 23 de marzo de 2010, recapitula la jurisprudencia menor sobre la tramitación acumulada de la liquidación de la sociedad conyugal y la división de la herencia. Si la sociedad se extingue por el fallecimiento de uno de los integrantes, en los supuestos en que se haya producido el fallecimiento de ambos cónyuges cuando se insta la causa será competente el juzgado de primera instancia al que por turno de reparto corresponda y no el de familia.

En su virtud, prospera el recurso, ya que «como tuvo ocasión de pronunciarse con anterioridad esta Audiencia Provincial (sentencia de 10 de octubre de 2008), dictada por su Sección 1.^a en el procedimiento de división de herencia instado por la misma actora que fue inadmitido por el Juzgado que conoció de la *litis*, "...asiste la razón a todos los impugnantes en que esa liquidación de la sociedad económico-matrimonial no requiere la sustanciación de un procedimiento previo y, en concreto, del previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, por ser claro a juicio de la Sala que dichos trámites se hallan previstos para los supuestos en que la sociedad se disuelve por nulidad, separación, divorcio o por las causas del artículo 1393 del Código Civil, es decir, cuando esa disolución deriva de un procedimiento judicial entre los cónyuges, pero no cuando la extinción de la sociedad se debe al fallecimiento de uno de los integrantes, como aquí admiten las partes que ocurrió al fallecer doña Inmaculada en 1985 y no por divorcio, como dice la sentencia recurrida. Como indica el recurrente citando un auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de noviembre de 2005, cuyos razonamientos compartimos, la literalidad de esa normativa integrada por los artículos 806 y siguientes de la LEC y los detalles de su tramitación así lo evidencian, no siendo trasvasables a la liquidación de la sociedad extinguida de derecho por fallecimiento, y así la competencia objetiva corresponde al juez que ya haya conocido del proceso de ruptura matrimonial (nulidad, separación o divorcio) o ante el cual se hayan seguido las actuaciones sobre disolución por alguna de las causas previstas en la legislación civil (art. 807), causas entre las que no cabe incluir a estos efectos el fallecimiento por ser evidente que tal hecho natural no da lugar de por sí a actuación judicial alguna, sino que provoca *ipso iure* la disolución de la sociedad de gananciales, pudiendo destacarse también que la tramitación se inicia por solicitud de la formación de inventario por cualquiera de los cónyuges (art. 80), tras lo cual se celebra el acto de formación de inventario con citación e intervención de los cónyuges (art. 809). Ello lleva a entender que la *liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por óbito de un cónyuge puede ser llevada a cabo bien de modo extrajudicial y de consumo por todos los interesados (cónyuge supérstite y herederos del fallecido) o bien, si se hiciere precisa la actuación judicial, en el seno del mismo procedimiento en que se sustancia la división hereditaria* conforme a los artículos 782 y siguientes de la LEC, ello mediante la acumulación objetiva de acciones al cobijo de lo dispuesto en el artículo 71 de la LEC". Este mismo criterio es seguido por diversas Audiencias como la de San Sebastián, de 11 de mayo de 2009; Madrid, de 26 de septiembre de 2008; La Coruña, de 3 de octubre de 2008, y Huelva, de 20 de febrero de 2008, o la más reciente de la AP de Madrid, de 20 de octubre de 2009, que argumenta textualmente que "no se cuestiona que la sociedad de gananciales quedó disuelta por la muerte de uno de los cónyuges y que desde el momento en que no se procede a la liquidación surge una comunidad postganancial que existe desde ese fallecimiento y que recae sobre el conjunto de

la misma (SSTS de 11 de mayo de 2000, 10 de junio de 2004), cuyo régimen ya no puede ser el de una comunidad de gananciales sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada comunero, el cónyuge supérstite y los herederos ostentan una cuota abstracta sobre todo el ganancial, igual que en la comunidad hereditaria, que subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que se materialice la división (STS de 7 de noviembre de 1997), lo que en definitiva conlleva que previamente a la partición de la herencia del causante se practique la liquidación de la referida comunidad de bienes (STS de 17 de octubre de 2002), pero es igualmente cierto que *si no existe acuerdo sobre el modo de practicar la liquidación continuará el procedimiento por las normas previstas para la partición de herencia, por lo que de nuevo, y al igual que sucedía en la legislación derogada, se configura un único procedimiento* desapareciendo toda especialidad para la liquidación del régimen económico matrimonial”».

En el Auto del que se trae causa declara que «en el presente supuesto no solo ha fallecido uno de los cónyuges, sino que cuando se insta la presente causa han fallecido ambos, por lo cual son plenamente aplicables los principios indicados anteriormente. En todo caso, señala la citada resolución: “...resulta incuestionable la conexión jurídica entre las acciones ejercitadas, lo que justifica su tratamiento procesal unitario, sin que las posibles especialidades procesales constituyan razón bastante para descartar la conclusión antedicha, viniendo así a refrendar la inexistencia de impedimento a la acumulación que pudiera derivar de tal circunstancia, puesto que, como señala la STS de 10 de julio de 2001, *la notoria conexidad de las acciones justifica el tratamiento procesal unitario* y decisión judicial correspondiente, en la línea jurisprudencial que ha relativizado y flexibilizado la aplicación estricta, en orden a los requisitos de carácter procesal que deben concurrir para que proceda la acumulación de acciones, cuando las garantías del proceso seguido no limitan los medios de defensa e impugnación y ninguna indefensión se produce al respetarse las exigencias previstas en el artículo 24 CE”. Ello lleva a concluir que, en el presente caso, resulta *procedente la tramitación acumulada de la liquidación de la sociedad conyugal y la división de la herencia* que nos ocupa. Y como quiera que el procedimiento a seguir no es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, puesto que, como antes apuntábamos, dichos trámites se hallan previstos para los supuestos en que la sociedad se disuelve por nulidad, separación, divorcio o por las causas del artículo 1393 del Código Civil, es decir, cuando esa disolución deriva de un procedimiento judicial entre los cónyuges, pero no cuando la extinción de la sociedad se debe al fallecimiento de uno de los integrantes, la solicitud deberá encauzarse por los trámites de la división hereditaria conforme a los artículos 782 y siguientes de la LEC, cuya competencia no corresponde, en contra de lo argumentado en el Auto recurrido, a los Juzgados de Familia sino al Juzgado de Primera Instancia al que por turno de reparto corresponda, en el presente caso, el número 1 de esta capital, debe acogerse la apelación deducida, revocándose la resolución recurrida, a fin de que el referido órgano judicial admita a trámite y sustancie con arreglo a Derecho la demanda iniciadora del presente proceso».

IV. CONCLUSIONES

I. Con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria o conyugal atribuyendo a cada heredero o cónyuge la propiedad exclusiva de los bienes que se le adjudiquen. De manera que la cuota abstracta previa al reparto, gracias a la par-

tición concreta, detalla y fija los bienes y derechos específicos que corresponden a cada cónyuge o heredero.

II. Por lo que se refiere a la partición realizada por el propio causante en su testamento, es incuestionable que sus efectos son idénticos a la partición judicial o extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores. Por tanto, atribuye a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. Destaca en este sentido el Fuero Navarro por cuanto autoriza que la liquidación de la sociedad conyugal pueda ser practicada por el comisario y el cónyuge viudo, sin intervención de los herederos.

III. La eficaz práctica notarial que formaliza la liquidación del régimen económico-matrimonial y la partición hereditaria en un único documento y redacta de forma conjunta ambos inventarios, no excluye que haya de determinarse con precisión los bienes gananciales que corresponden a cada cónyuge para, posteriormente, incluir en la herencia los que le hayan correspondido. Son, en todo caso, dos actos negociales diferenciados. Por tanto, con la DGRN reiteramos que no debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos.

IV. Ciertas actuaciones de liquidación en el régimen de participación asemejan a conciliación judicial, por lo que como ya ha sido advertido *obiter dicta* por el TS, la mediación resulta ser un medio eficaz para dilucidar las controversias que se puedan suscitar en este ámbito. Adicionalmente el arbitraje es otro método alternativo de resolución de conflictos que puede lograr una resolución más ágil y menos costosa de los disensos entre herederos e interesados.

V. En relación a la legitimación y capacidad para actuar en el proceso de división de la herencia del menor emancipado, cabría *lege ferenda*, o por aplicación del artículo 154 del Código Civil y el artículo 2.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimar que el menor maduro pueda realizar por sí este acto. Entre las personas legitimadas activamente para impetrar el procedimiento de división de herencia se encuentra el cónyuge supérstite. Con todo, resulta un acierto ritual la ampliación de esta legitimación a los acreedores de uno o más coherederos.

VIII. Sin perjuicio de otras vías, cabe la tramitación judicial acumulada de la división de la herencia y liquidación de gananciales, siendo competencia objetiva del juzgado de instancia y no el de familia, ya que la disolución matrimonial trae causa del fallecimiento de los cónyuges con el nacimiento de la sociedad postgancial al no haberse practicado la liquidación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. (2002): «La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición hereditaria», en *RDP*.
- BUSTO LAGO (2008): «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 23 y sigs.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2014): «La división judicial de la herencia», *RCDI*, 740.
- CÁMARA ÁLVAREZ DE LA, M. (1991): «Comentario a la sección segunda, De la partición, artículos 1051 a 1087 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 2466 y sigs.

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a (1989): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012): *Sistema de Derecho Civil*. IV.2. *Derecho de Sucesiones*, Madrid.
- DONADO VARA, A. (2009): *La reserva vidual*. Madrid.
- FERRER VANRELL, M.^a P. (2006): «El régimen jurídico de los bienes de los casados en la Compilación de Derecho Civil de Baleares», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. (1988): *Derecho de Sucesiones*, Barcelona.
- *Elementos de Derecho Civil* (2001): Tomo V, nueva edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013): *Principios de Derecho Civil. Sucesiones*. VII. 8.^a ed., Madrid.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2012): *Derecho Sucesorio*, Madrid.
- (2004): «Una relectura básica en torno a la ineficacia y efectos de la partición hereditaria», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona, Aranzadi.
- ROCA SASTRE, L. (1995): *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 2.^a ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009): «Comentarios a los artículos 1051 a 1087», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), págs. 1051 y sigs.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2004): «La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.
- MORALES MORENO, A. M. (1991): *Comentarios del Código Civil. Artículo 1418*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2011): «El contenido de la sustitución pupilar y quasi pupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de catorce años e incapacitados», en *RCDI*, 726.
- (2010): «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI*, 721, págs. 2406 a 2425.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Comentario del Código Civil. Artículos 1401 y 1402*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- POUS DE LA FLOR, M.^a P. (2004): «El valor de los bienes en la colación», en *RCDI*, 682.
- RUIZ REYES, A. L. (2004): «Liquidación del régimen económico-matrimonial como operación preparticipal. Su inventario», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2010): «La partición de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal del causante», en *RCDI*, 717.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910): *Estudios de Derecho Civil*, Tomo IV, 2.^a ed.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (2004): «La disolución del consorcio conyugal aragonés y la comunidad que continúa tras ella», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de julio de 2012.
- STS de 26 de enero de 2012.
- STS de 1 de enero de 2010.
- STS de 12 de junio de 2009.
- STS de 15 de junio de 2006.
- STS de 14 de diciembre de 2005.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 23 de diciembre de 1993.
- STS de 21 de julio de 1986.
- STS de 2 de julio de 1963.
- ATS de 28 de febrero de 2005.
- ATS de 27 de julio de 2004.
- ATS de 8 de julio de 2003.
- SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2010.
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2004.
- SAP de Sevilla de 14 de junio de 1994.
- AAP de Almería de 23 de marzo de 2010.
- AAP de Madrid de 27 de julio de 2004.
- RDGRN de 2 de febrero de 1960.
- RDGRN de 10 de noviembre de 2011.
- RDGRN de 6 de noviembre de 2009.
- RDGRN de 4 de julio de 2009.
- RDGRN de 2 de junio de 2009.
- RDGRN de 6 de febrero de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2007.
- RDGRN de 23 de junio de 2007.
- RDGRN de 27 de junio de 2007.
- RDGRN de 20 de junio de 2007.
- RDGRN de 30 de enero de 2006.
- RDGRN de 20 de abril de 2005.
- RDGRN de 23 de abril de 2005.
- RDGRN de 26 de febrero de 2005.
- RDGRN de 2 de diciembre de 2003.
- RDGRN de 20 de julio de 2001.
- RDGRN de 18 de noviembre de 1998.
- RDGRN de 9 de octubre de 1998.
- RDGRN de 10 de octubre de 1998.
- RDGRN de 30 de junio de 1992.

NOTAS

¹ mppous@der.uned.es. y fmoreton@der.uned.es. Coordinadora Master Abogacía y Coordinadora Proyecto Investigación Envejecimiento Activo y Viviendas Intergeneracionales, respectivamente. Grupo de Investigación Consolidado Protección Civil de la Persona.

² Dice el artículo 1056, en la redacción dada al segundo párrafo, por la Disposición Final primera, apartado 1 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Respon-

sabilidad Limitada: «Cuando el testador hiciere, por acto *entre vivos* o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844» [para su ilustración, vid., MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009: 1051 y sigs.)].

³ Sigue la STS, de 26 de enero de 2012, advirtiendo que «toda partición, incluyendo la judicial que contempla el artículo 1059 del Código Civil y desarrolla la LEC, no es solo una operación poco más que aritmética, sino que debe conjugar los intereses de cada coheredero económicos, humanos y familiares de la mejor manera posible y esto es lo que han hecho las sentencias de instancia. La petición que hace el recurrente en el suplico del recurso de casación, relativa a que una finca le sea adjudicada en su totalidad, de admitirse llevaría consigo el desequilibrio de la partición, debiendo hacerse de nuevo en su totalidad, ya que quitarle algo a su hermana significa que esta recibe menor parte y el recurrente aumenta la suya y esto puede contravenir todo lo que ha sido objeto de la partición y, no solo ello, sino también la voluntad de los testadores que nunca quisieron un enfrentamiento constante entre los hermanos».

⁴ Vid., ROCA SASTRE, L. (1995: 55).

⁵ Vid., CALAZA LÓPEZ, S. (2014), doctrina que se sigue en este artículo.

⁶ Para su comentario, vid., MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2002). Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas, advierte que «en la partición o división de bienes se extingue el derecho expectante respecto de los que no se adjudiquen al cónyuge, de manera que no será necesaria la concurrencia de los cónyuges de los comuneros o coherederos en la partición. También la expropiación y procedimientos equivalentes extinguen el derecho expectante. Igualmente se extingue en la enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente».

⁷ LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, Título II del Libro IV, la división judicial de patrimonios (arts. 782 a 811) con dos tipos de procedimientos: la división de la herencia (arts. 782 a 805) y la liquidación del régimen económico-matrimonial (arts. 806 a 811).

⁸ Título III del Libro III, artículos 657 a 1087 del Código Civil.

⁹ Título III del Libro IV, artículos 1315 a 1444 del Código Civil.

¹⁰ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 340).

¹¹ Vid., POUS DE LA FLOR (2004: 521-548).

¹² Llamado cuaderno particional, vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *ibidem*.

¹³ Con rigor afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN: «si la liquidación de la sociedad de gananciales tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges, la liquidación de aquella forma parte de las operaciones de testamentaría... es un anexo indispensable de alguna de las operaciones que integran la partición de la herencia para fijar el verdadero caudal hereditario» (1910: 850).

¹⁴ Mantenía Cossío: «Normalmente, y aunque jurídicamente constituyen un acto jurídico distinto, dada su íntima conexión con la partición de la herencia, en el mismo instrumento o cuaderno se suelen hacer constar las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal. También se admite que en un solo documento se reflejen distintas particiones de herencia sucesivas cuando entre unas y otras exista una relación o interdependencia» (621). Pese a la coincidencia cronológica, SAN SEGUNDO MANUEL también afirma que «no deben confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia de uno de los cónyuges aun cuando, en numerosas ocasiones, coinciden en el tiempo (...). La partición de la herencia requiere que previamente se haya realizado la liquidación de la

sociedad de gananciales del difunto para saber con exactitud el remanente de la misma y dividirlo por mitad entre el cónyuge supérstite, si lo hubiere y los herederos a quienes corresponda. Es necesaria la previa liquidación de los bienes gananciales para poder incluirlos en la partición, ya que forman parte de la herencia del causante» (322-324).

¹⁵ ABASCAL, por su parte, no comparte que «sea necesario realizar la liquidación del régimen económico-matrimonial y la partición de herencia en documentos diferentes o en escrituras públicas diferentes, pero sí que el documento o escritura en que se efectúe se califique como liquidación del régimen económico-matrimonial y partición de herencia» (2002: 428); vid., también RUIZ REYES (2004: 4451-4476).

¹⁶ Así concluían en sede de la enumeración de las operaciones participacionales típicas, en general, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. En particular afirmaban que «cuando se divide la herencia de un casado bajo el régimen de comunidad, entre las titularidades que integran el caudal relicto se halla su cuota en la sociedad que acaba de disolverse con su muerte, lo cual obliga a dividir y liquidar a la vez dos comunidades, la conyugal y la hereditaria: cosa que suelte hacerse en el mismo instrumento, y empezando por la sociedad conyugal. Se trata siempre de dos negocios distintos relativos a patrimonios diferentes, y que se celebran entre contratantes heterogéneos: en un caso, concurren a partir del cónyuge viudo de una parte y todos los herederos del premuerto (o el contador partidor) de otra; en la herencia, los sucesores dividen entre sí, o bien el contador partidor actúa igualmente sin el viudo» (1988: 146). En idéntica línea sentido, se pronuncia ABASCAL MONEDERO (411; 425).

¹⁷ Cuerpo doctrinal sostenido por innumerables RRDGRN, entre otras, de 6 de noviembre de 2009; 4 de julio de 2009; 2 de junio de 2009; 6 de febrero de 2008; 1 de octubre de 2007; 23 de junio de 2007; 27 de junio de 2007; 20 de junio de 2007; 30 de enero de 2006; 20 y 23 de abril de 2005; 26 de febrero de 2005; 2 de diciembre de 2003; 18 de noviembre de 1998; 9 y 10 de octubre de 1998; 30 de junio de 1992, entre otras.

¹⁸ Así lo confirma, entre otras, la sentencia de 4 de septiembre de 2012: «...quien lo adquirió por herencia, como que la escritura de partición resultaba impecable jurídicamente, liquidando, como era preceptivo, con carácter previo la sociedad de gananciales y, posteriormente, la comunidad hereditaria...».

¹⁹ Se inicia este Fundamento de Derecho segundo: «Liquidación de la sociedad de gananciales y partición de los bienes hereditarios... manifiesta que la sala estima que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales porque no se adjudica un bien ganancial, sino los derechos que corresponden a la causante, y que tanto la jurisprudencia citada como los preceptos referidos se pronuncian en sentido contrario al decidido, porque no se podrá trasmisir más de los que se tiene. El motivo se desestima».

²⁰ También la STS de 1 de enero de 2010: «el recurso parte del hecho de entender que la sentencia realiza una errónea valoración de los hechos al declarar la nulidad de la partición efectuada con el máximo respeto a la voluntad del testador, que ha de primar, y sin perjudicar la legítima de los herederos, entregando el legado dejado por el causante a su hija, pese a ignorar que no le corresponde la propiedad íntegra del bien objeto de legado, pero sin que en ello pudiera entrar la contadora, al no haber sido designada a tales efectos. Al mismo tiempo entiende que la sentencia yerra al considerar la liquidación de la sociedad de gananciales existente con la cuarta mujer se hizo con posterioridad a la partición, cuando ha quedado acreditado que se hizo de manera previa a la misma, pese a no acompañarse unida a la liquidación, por cuanto el notario no lo consideró oportuno. Con este razonamiento la parte recurrente elude que la sentencia recurrida en sus Fundamentos de Derecho determina, tras el examen de la prueba practicada, que ha quedado acreditado que no se ha procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales existente con la segunda mujer del causante, de la que existen bienes que interesan al procedimiento y que han sido objeto de legado a una de las demandantes, lo que hubiera exigido la intervención de los herederos de aquella, que le sobrevivieron, por lo que se hace preciso liquidar, inventariar y evaluar dicha sociedad, a fin de fijar la porción que corresponda a la legataria sobre el bien incluido en la herencia como privativo sin serlo, con las consecuencias que dicha actuación pueda comportar al resto de disposición testamentaria. Al mismo tiempo ha de procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales del cuarto matrimonio a efectos de determinar los créditos que correspondan a cada uno de los cónyuges por las aportaciones efectuadas a la sociedad de gananciales, que no se ha realizado...».

²¹ Previamente, la STS de 14 de diciembre de 2005, decía: «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...». La 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 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 disolverse el régimen económico-matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes. 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 calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de éste como heredero...».

²² SAN SEGUNDO MANUEL (2010: 324).

²³ La RDGRN, de 10 de noviembre de 2011, aclara que: «No habiéndose completado adecuadamente el proceso particional, no puede entenderse transformado el derecho hereditario abstracto que ostentan los herederos por el mero hecho de recibir la vocación, delación y posterior aceptación, en una titularidad concreta sobre bienes determinados, transformación esta que es imprescindible para que el derecho sea inscribible en el Registro de la Propiedad, pues el derecho hereditario abstracto no es inscribible, sino anotable, al no recaer sobre bienes determinados sino sobre el conjunto de la herencia, debiendo tal anotación, además, predicarse de todos los herederos y en relación a su cuota abstracta». En igual sentido, la Resolución de 22 de mayo de 2009, y las STS de 18 de julio de 2012; 16 de septiembre de 2010; 17 de diciembre de 2007; 3 de junio de 2004; 28 de mayo de 2004; 28 de junio de 2001 y 6 de octubre de 1997.

²⁴ Vid., SERRANO GARCÍA (2004: 4715-4735).

²⁵ Vid., FERRER VANRELL (2004: 226); (2006: 1486).

²⁶ Vid. (243).

²⁷ Por tanto, LASARTE ÁLVAREZ concluye que la LEC plantea «el procedimiento de liquidación como consecuencia o corolario de una actuación contenciosa, cuando en realidad son más frecuentes los supuestos en que la extinción del régimen de gananciales viene dada por el fallecimiento de alguno de los cónyuges o, en casos más raros, por el acuerdo de ambos para sustituir el régimen económico-matrimonial, como indica el propio artículo 806 de la LEC» (2013: 222).

²⁸ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1991: 786-792).

²⁹ O la STS de 14 de diciembre de 2005 en un supuesto de partición hereditaria sin previa liquidación de la sociedad de gananciales: «esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación, como se infiere de diversos preceptos del Código Civil... Entre las más recientes, las STS de 21 de octubre de 2005 declara que hay que aceptar, como hace ahora el Código Civil (...) una cierta corrección del nominalismo, procediendo, de una parte, a aproximar el momento de valoración al de la liquidación y pago, para expresarlo en unidades monetarias de tal momento; y, por otra parte, estableciendo la regla de pago en la moneda corriente en el momento de la liquidación, esto es, actualizando al valor actual de la moneda en el momento del pago».

³⁰ Los AATS de 27 de julio de 2004 y 8 de julio de 2003: «el juicio verbal al que se remiten los artículos 809.2 y 794.4 tiene una naturaleza incidental, lo que determina la irrecorribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos. La sentencia recurrida carece de la condición de sentencia dictada en segunda instancia toda vez que la propia LEC 2000 distingue entre apelación y segunda instancia».

³¹ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 215).

³² También, protege el Código Civil a los acreedores de la sociedad de gananciales cuando determina en su artículo 1401: «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial». Esta preferencia es exclusivamente para los acreedores de la sociedad de gananciales y no para los terceros que sean acreedores de uno de los cónyuges.

³³ Palabras textuales de LACRUZ BERDEJO (251).

³⁴ Criterio avalado por la STS de 28 de mayo de 2004, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», entre otras ya citadas.

³⁵ CALAZA LÓPEZ (2013).

³⁶ En este punto, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO: «Hasta ahora la jurisprudencia ha venido considerando este procedimiento como de jurisdicción voluntaria, opinión que era también mayoritaria en la doctrina. Tras la nueva ley, la doctrina parece optar por su naturaleza contenciosa» (2004: 2003).

³⁷ La SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004, «el procedimiento del artículo 782 y siguientes LEC ha de situarse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, existiendo partes bien definidas, y previéndose la posibilidad de controversia, la cual habrá de seguirse por los trámites del juicio verbal, tal y como se establece tanto en el artículo 787-5, como en el artículo 794 de la LEC, sin que la ausencia o la limitación, de la cosa juzgada material ponga en cuestión su naturaleza contenciosa». Vid., la SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003; Córdoba, de 22 de diciembre de 2006; Madrid, de 19 de abril de 2007.

³⁸ CALAZA LÓPEZ (2014).

³⁹ Dice el artículo 1052: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos» [vid., CÁMARA ÁLVAREZ (1991: 2466); MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009: 1051)].

⁴⁰ LASARTE ÁLVAREZ (2013: 316); LACRUZ BERDEJO (108).

⁴¹ LACRUZ BERDEJO (107).

⁴² «Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de tales preceptos legales (cfr. las Resoluciones citadas en los Vistos de la presente), la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir, un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los hijos (cfr., por todas, las sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica, pues de lo contrario se haría de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado, rige la regla general».

⁴³ «El objeto de este expediente se limita a determinar si es inscribible una partición hereditaria con previa liquidación de la sociedad de gananciales en un supuesto en el que una de las llamadas a la herencia resulta ser menor de edad y comparecer representada por su madre, viuda del causante. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a cuál debe ser el correcto entendimiento de lo preceptuado al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Dispone el artículo 163.1 del Código Civil: siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al de su hijo menor emancipado cuya capacidad deban

completar. Este precepto desarrolla lo preceptuado en su precedente, el artículo 162 que tras establecer la regla general de representación legal... Excepciona el supuesto de los actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo... La severidad de esta afirmación impone que en todo supuesto en que concurran menores u otras personas con capacidad limitada deban extremarse las precauciones a la hora de valorar la actuación representativa de quien en su nombre actúa... se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente...».

⁴⁴ En este sentido se pronuncia LLEDÓ YAGÜE: «Así, el artículo 1058 del Código Civil si bien se refiere a mayores (y los menores, aun emancipados, no lo son), al fin solo requiere en ello la libre administración de sus bienes, no la libre y plena disposición, por lo que en este sentido cabe afirmar la equivalencia legal del emancipado con el mayor» (2012: 182); LASARTE ÁLVAREZ (2013: 316); DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2012: 269). Por el contrario, LACRUZ BERDEJO: «El menor emancipado puede pedir, por sí mismo, la partición, pero con el asentimiento de su padre y/o madre, o curador, por aplicación del artículo 323 en relación con el artículo 1052; con mayor razón precisará tal consentimiento para pactar la división» (1988: 145).

⁴⁵ MORETÓN SANZ (2011: 2217).

⁴⁶ Vid., MINGORANCE GOSÁLVEZ (2004: 326-3289).

⁴⁷ Sobre la materia, DONADO VARA, A. (2009), *La reserva vidual*. Madrid.