



Roj: **STS 4660/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4660**

Id Cendoj: **28079110012023101543**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2023**

Nº de Recurso: **6619/2020**

Nº de Resolución: **1554/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.554/2023**

Fecha de sentencia: 13/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6619/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA. SECCIÓN 4.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6619/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1554/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 13 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.<sup>a</sup> Azucena , representada por el procurador D. José Julio Navarro Fuentes y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> **María** del Carmen **García** Ruiz, contra la sentencia n.º 861/2020, de 15 de octubre, dictada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial



de Murcia en el recurso de apelación n.º 4/2020, dimanante de los autos sobre liquidación de sociedad de gananciales n.º 1456/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia. La parte recurrida no se ha personado ante esta sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Ángeles formuló solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales frente a D.ª Azucena, en la que solicitaba, en cumplimiento del artículo 809 LEC, se señalara fecha y hora para la comparecencia de las partes a los efectos legales oportunos.

2. La demanda fue presentada el 22 de septiembre de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia, fue registrada con el número de autos de inventario 1456/2017. Una vez fue admitida a trámite, se acordó la citación de las partes a comparecencia para la formación del inventario de los bienes comunes del matrimonio formado por D. Leon, fallecido el 25 de abril de 2015, y D.ª Azucena, que se encontraba divorciada del finado desde el 9 de octubre de 2014.

Dicha comparecencia tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2017. En dicho acto, D.ª Azucena se opuso al inventario presentado de contrario alegando falta de legitimación activa de la demandante y falta de litisconsorcio pasivo necesario. Esta última excepción fue desestimada mediante providencia de 19 de febrero de 2018. En dicha providencia se acordó resolver la falta de legitimación activa de la actora en la resolución definitiva que pusiera fin a esa instancia.

3. Una vez celebrada la comparecencia y constatada la discrepancia entre las partes, se acordó convocarlas para la celebración de la vista oral.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia dictó sentencia de fecha 9 de octubre de 2019, con el siguiente fallo:

"ESTIMO la propuesta de inventario presentada por la parte demandante del presente procedimiento Dña. Ángeles, representada por la Procuradora Sra. **María** Juana López Morales y asistida del letrado Sr. Manuel Belando Bernabé contra Dña. Azucena representada por el Procurador Sr. José Julio Navarro Fuentes con la asistencia del letrado Sra. **María** del Carmen **García** Ruíz. En su virtud se acuerda como inventario de bienes de la sociedad de gananciales de Azucena y D. Leon.

"BIENES PRIVATIVOS DE D. Leon.

"1.- Vivienda en Murcia: DESCRIPCIÓN: URBANA. Número NUM000. Vivienda tipo NUM001, de pisos del Edificio que se distingue como BLOQUE NUM002, sito en Murcia, Partido de Santiago y Zairaiche, AVENIDA000, BARRIO000, NUM003. Tiene una superficie construida de 103 m<sup>2</sup> 31 dm<sup>2</sup>, y útil de 88 m<sup>2</sup> y 1 dm<sup>2</sup>. INSCRIPCIÓN: Finca Registral Número NUM004, Sección Primera del Registro de la Propiedad Número Cuatro de Murcia. Como documento número dieciséis acompaña nota simple de la vivienda sita en AVENIDA000.

"2.- VEHÍCULO Citroën C4 DESCRIPCIÓN: Vehículo Citroën C4 Essential Drive, de color gris, matrícula .... FCJ, que fue adquirido en fecha 24 de mayo de 2013 por D. Leon.

"BIENES GANANCIALES.

"1) Vivienda en La Manga del Mar Menor. DESCRIPCIÓN: Bungalow número NUM005, de un grupo de bungalows sito en el PARAJE000, Diputación de Lentiscar, en el término municipal de Cartagena. Consta de planta baja y piso. En planta baja dispone de vestíbulo, salón comedor, cocina, aseo, jardín y escalera interior a la planta de piso, y en esta planta dispone de tres dormitorios, dos cuartos de baño y galería. La superficie del solar es de 115 m<sup>2</sup> y 49 dm<sup>2</sup>, y la útil de 89 m<sup>2</sup> y 66 dm<sup>2</sup>. La superficie no edificada corresponde al jardín. TÍTULO: Escritura de compraventa de fecha 14 de abril de 1997. CARGAS: La vivienda se encuentra libre de cargas. VALOR: DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000, 00.-€).

"2) VIVIENDA EN HORCAJO DE SANTIAGO DESCRIPCIÓN: Una casa-habitación, sita en Horcajo de Santiago, CALLE000, señalada con el núm. NUM006, compuesta de planta baja, patio corral, y cámaras en lo alto, en una extensión superficial de 258 metros cuadrados, de los cuales unos 120 m<sup>2</sup> corresponden a la parte cubierta y el resto a la descubierta. INSCRIPCIÓN: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Tarancón, Tomo NUM007 del Archivo, Libro NUM008 del Ayuntamiento de Horcajo de Santiago, Folio NUM009 Vuelto, Finca número NUM010.



"TÍTULO: Escritura de Cesión en pago de alimentos, de fecha 22 de octubre de 2009. CARGAS: La vivienda está libre de cargas. VALOR: TREINTA MIL EUROS (30.000,00.-€).

"La sociedad de gananciales no tiene deuda alguna.

"G.- Deudas de D.<sup>a</sup> Azucena a favor de D. Leon .

"1) Por el arrendamiento de la vivienda donde residió D. Leon tras la salida del hogar conyugal. La fianza de la casa arrendada en PLAZA000 . La fianza es de 1.350,00.-€ (mil trescientos cincuenta euros), debiendo abonar 675,00.-€ por D.<sup>a</sup> Azucena , b. 50% de las mensualidades de la vivienda alquilada en PLAZA000 : - Mensualidades de Mayo a junio 2013 (2 meses), siendo el 50% de cada mensualidad 337,50 € (trescientos treinta y siete euros con cincuenta céntimos de euro), por lo que el total es 675,00.-€ (seiscientos setenta y cinco euros).

"Mensualidades de Julio 2013 a septiembre de 2014 (15 meses), siendo el 50% de cada mensualidad 325,00 € asciende a un total de 4.875,00.-€ (cuatro mil ochocientos setenta y cinco euros).

"El 50% del alquiler de la vivienda que se alquila D. Leon en la CALLE001 durante los siete meses que estuvo allí, es decir, de octubre de 2014 a abril de 2015 (7 meses), cuya cuantía mensual (50%) es de 325,00.-€, y el montante requerido a Da Azucena es de 2.275,00.

"2) Flores que se envían al Funeral de la madre de Salome (compañera de trabajo), siendo la factura de 110,00.-€, correspondiendo abonar a D.<sup>a</sup> Azucena 55,00.- € (cincuenta y cinco euros).

"3) CASA DE HORCAJO. Ha sido D. Leon quien ha estado abonando todas las cantidades que la casa ha necesitado, siendo estos desembolsos.

"a. LUZ DESDE 31/05/2013 a 30/09/2014 -  $9,24 + 11,08 + 13,18 + 12,74 + 16,54 + 16,72 + 18,85 + 18,26 = 116,61€$  (ciento dieciséis euros con sesenta y un céntimos de euro). Siendo obligación de D.<sup>a</sup> Azucena abonar el 50%, es decir, 58,31€ (cincuenta y ocho euros con treinta y un céntimos de euro).

"b. AGUA DE 31/05/2013 a 30/09/2014 -  $7,73 + 7,73 + 7,73 + 10,75 + 16,75 + 16,77 = 67,46€$ . Es obligación de D.<sup>a</sup> Azucena abonar el 50% de tal cantidad, es decir, 33,73.-€.

"c. CONTRIBUCIÓN Y BASURA 2013 -  $35,12 + 134,62 = 169,74€$ , siendo la cuantía de 84,87€ lo que correspondería satisfacer a D.<sup>a</sup> Azucena .

"d. SEGURO DE LA VIVIENDA La cuantía es de 202,58€, correspondiendo a D.<sup>a</sup> Azucena la cuantía de 101, 29 € (ciento un euro con veintinueve céntimos de euro).

"e. Contribución 2014. La contribución es de 123,41€, siendo obligación de los esposos abonarlo al 50%, es decir, cada uno debe pagar 61,71 € (sesenta y un euros con setenta y un céntimos de euros).

"f. Servicio de Recaudación de Cuenca 04/07/2014. El importe del mismo de 35,12 € (treinta y cinco euros con doce céntimos de euro), siendo obligación de abonar 17,56 € por D.<sup>a</sup> Azucena .

"4) CASA DE LA MANGA. D. Leon ha sido quien ha hecho frente a todos los gastos de la vivienda en exclusiva.

"a. IBI + BASURA + ALCANTARILLADO 2013 -  $342,70 + 28,83 + 151,20 = 522,73 €$  (quinientos veintidós euros con setenta y tres céntimos de euro), siendo obligación de D.<sup>a</sup> Azucena abonar el 50% de los mismos, es decir, 261,37 € (doscientos sesenta y un euros, con treinta y siete céntimos de euros).

"b. IBI + BASURA + ALCANTARILLADO 2014-  $342,70 + 28,83 + 159,40 = 531,01 €$  (quinientos treinta y un euros, con un céntimo de euro), siendo obligación de D.<sup>a</sup> Azucena abonar el 50% de los mismos, esto es, 265,51 € (doscientos sesenta y cinco euros con cincuenta y un céntimos de euro).

"5) CASA DE MURCIA.

"a. IBI vivienda 2013-399,986, siendo abonado íntegramente por D. Leon en dos plazos. D.<sup>a</sup> Azucena deberá abonar la mitad de impuesto, siendo la cantidad de 199,94 euros (ciento noventa y nueve euros con noventa y cuatro céntimos de euro).

"b. IBI garaje 2013-14,54 € (catorce euros con cincuenta y cuatro céntimos de euro), y el 50% de tal gasto corresponde a D.<sup>a</sup> Azucena , es decir, 7,27 € (siete euros, con veintisiete céntimos de euro).

"6) 1.000,00 € (mil euros) que D.<sup>a</sup> Azucena se comprometía a abonar a D. Leon por la adquisición del vehículo Marca Ford Mondeo Diesel, matrícula .... VLY , que constituía el vehículo familiar.

"No se imponen las costas a ninguna de las partes".

**SEGUNDO.-** Tramitación en segunda instancia



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Azucena e impugnada por D.<sup>a</sup> Ángeles .

2. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Murcia, que los tramitó con el número de rollo 4/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de octubre de 2020, con el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Julio Navarro Fuentes en nombre y representación de Doña Azucena , con la imposición expresa de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante. Dese al depósito constituido el destino legal pertinente al haber sido desestimado el recurso de apelación.

"Que estimando la impugnación formulada por la procuradora Doña Ana Leonor Sempere **Sánchez**, en nombre y representación de Doña Ángeles , debemos de revocar y revocamos en parte la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de esta capital, en fecha 9 de octubre de 2019, en los autos de procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales n.º 1456/2017, en cuanto en la presente se acuerda lo siguiente: se imponen las costas procesales de primera instancia devengadas por el procedimiento a Doña Azucena . En todo lo demás se mantiene el pronunciamiento de instancia. No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales devengadas por la impugnación".

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. D.<sup>a</sup> Azucena interpuso recurso por infracción procesal y de casación.

Los motivos del recurso por infracción procesal fueron:

"Primero.- Infracción de las Normas Procesales Reguladoras de la Sentencia ( artículo 469.1 2º de la LEC). Valoración arbitraria. Vulneración de las Reglas de la Lógica y la Razón ( art. 218.2 LEC). Acta de fecha 23 de enero de 2013.

"Segundo.- Infracción de las Normas Procesales Reguladoras de la Sentencia ( artículo 469.1 2º de la LEC). Valoración arbitraria. Vulneración de las Reglas de la Lógica y la Razón ( art. 218.2 LEC). Carácter ganancial de la vivienda finca registral NUM004 del Registro de la Propiedad cuatro de Murcia.

"Tercero.- Infracción de las Normas Legales que rigen los Actos y Garantías del Proceso cuando la infracción determinare la NULIDAD conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Infracción de los artículos 443.2 que se remite al art. 416 de la LEC en relación con el art. 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva).

"Cuarto.- Infracción de las Normas Legales que rigen los Actos y Garantías del Proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Infracción del artículo 12.1 de la LEC. Excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Nulidad del procedimiento.

"Quinto.- Infracción de las Normas Legales que rigen los Actos y Garantías del Proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Infracción del artículo 10 de la LEC. Excepción de falta de legitimación activa de la demandante Señora Ángeles . Nulidad del procedimiento".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1. de la LEC, por infracción y oposición de las normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso y en concreto de los artículos 657, 658, 660, 661, 668, 675, 768, 885 y 1.058 del Código Civil y de la Doctrina que los interpreta".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de noviembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Azucena contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 15 de octubre de 2020, por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 4/2020, dimanante del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales n.º 1456/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia".



4. Por providencia de 12 de septiembre de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de octubre de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes relevantes*

La viuda, a quien en pago de su legítima el causante legó en su testamento el usufructo vitalicio de una vivienda, promueve la liquidación de la sociedad de gananciales que rigió el primer matrimonio del causante, disuelto por divorcio.

La viuda ha demandado únicamente a la primera esposa, sin traer al procedimiento de liquidación de gananciales a las hijas del causante, que en su testamento las instituyó herederas. En las dos instancias se han rechazado las excepciones de falta de legitimación activa y de litisconsorcio pasivo necesarias invocadas por la demandada, que interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación, que van a ser estimados parcialmente.

1. Son antecedentes necesarios los siguientes.

Azucena y Leon contrajeron matrimonio el 18 de marzo de 1993 y tuvieron dos hijas. El matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio de 9 de octubre de 2014.

El 27 de febrero de 2015, Leon contrajo matrimonio con Ángeles .

El 25 de abril de 2015 falleció Leon bajo testamento otorgado el 21 de enero de 2015 en el que indicaba que tenía previsto contraer matrimonio en próximas fechas con Ángeles , a la que

"Lega a D.<sup>a</sup> Ángeles el usufructo vitalicio de la vivienda sita en la URBANIZACION000 , DIRECCION000 de la Manga, kilómetro NUM011 en término municipal de Cartagena. Si al fallecimiento del testador, ya hubiera contraído matrimonio con la beneficiaria de este legado, el mismo se imputará a la satisfacción de la cuota legal usufructuaria y lo que excediere al tercio de libre disposición de su herencia; en caso contrario se imputará a este último".

El 20 de enero de 2015, Azucena había presentado solicitud de liquidación de su sociedad de gananciales. Tras el fallecimiento del exesposo el 25 de abril de 2015, en lugar de proseguir la liquidación con los sucesores del causante ( art. 16 LEC), por auto del juzgado que tramitaba la liquidación de fecha 3 de noviembre de 2015 se ordenó el sobreseimiento. El juzgado razonó que, como consecuencia del fallecimiento del Sr. Leon , el trámite que debía seguirse era el de los arts. 782 ss. LEC, procedimiento de división de la herencia, en cuyo seno debía realizarse previamente la liquidación de gananciales.

Ángeles promueve entonces procedimiento para la división judicial de la herencia en el que, además, interesa la disolución, no de su sociedad de gananciales, sino de la sociedad de gananciales que había existido, hasta su divorcio, entre el causante y la primera esposa.

Por auto de 20 de octubre de 2016 el juzgado, con cita del art. 782 LEC, inadmitió la solicitud por dos tipos de razones: en primer lugar porque el testamento del causante designaba albacea y contador partidor para que ejerciera sus funciones en el plazo de dos años desde el requerimiento de los herederos o legatarios, lo que no había sucedido; y, en segundo lugar, porque en este caso no se podía proceder a la acumulación de la división de herencia y la liquidación de una sociedad de gananciales que no era la de la demandante, por no concurrir la identidad necesaria entre las cosas, causas, personas y calidades con que las mismas son llamadas, al ser diferentes las personas interesadas y resultar la solicitante ajena a la liquidación de gananciales.

La Audiencia Provincial, por auto de 15 de mayo de 2017, confirmó la decisión del auto de 20 de octubre de 2016 del juzgado. La Audiencia razonó que, si bien con carácter general es admisible la acumulación de la liquidación de gananciales que debe realizarse antes para determinar el caudal relicto con la acción de división de la herencia, en el caso la liquidación de gananciales interesada no era consecuencia del fallecimiento sino del divorcio. Cuestionó que no se hubiera proseguido la liquidación de gananciales iniciada el 20 de enero de 2015 por la primera esposa. Añadió que, aunque por razones de economía procesal pudiera considerarse la acumulación, en el caso no era posible, dado que no se había acreditado el requerimiento al contador partidor y no habían transcurrido los dos años previstos en el testamento.

El 9 de noviembre de 2016, con posterioridad al auto del juzgado de 20 de octubre de 2016, el contador partidor designado en el testamento dirige un requerimiento a la primera esposa para que comparezca para proceder al otorgamiento de escritura de adjudicación de herencia en la que previa o simultáneamente se formalice la liquidación de la sociedad ganancial formada por el causante y la requerida. La representación de esta



última compareció el 11 de noviembre de 2016 ante el notario que había hecho el requerimiento entregando un escrito por el que comunicaba que no iba a comparecer, remitiéndose a lo decidido en el auto de 3 de noviembre de 2015, así como al resultado de las diligencias penales seguidas contra la viuda en relación con las disposiciones testamentarias que había otorgado el causante.

2. El 22 de septiembre de 2017, Ángeles presenta contra Azucena la demanda que da lugar al procedimiento en el que se plantea este recurso. La demanda tiene por objeto promover la liquidación de la sociedad de gananciales que rigió el matrimonio de la demandada con el causante hasta la fecha de su divorcio. Para justificar su legitimación alega que es heredera testamentaria.

En su propuesta de inventario, por lo que aquí interesa, la demandante incluyó como bienes gananciales:

"1) Vivienda en La Manga del Mar Menor. DESCRIPCIÓN: Bungalow número NUM005 , de un grupo de bungalows sito en el PARAJE000 , Diputación de Lentiscar, en el término municipal de Cartagena. Consta de planta baja y piso. En planta baja dispone de vestíbulo, salón comedor, cocina, aseo, jardín y escalera interior a la planta de piso, y en esta planta dispone de tres dormitorios, dos cuartos de baño y galería. La superficie del solar es de 115 m2 y 49 dm2, y la útil de 89 m2 y 66 dm2. La superficie no edificada corresponde al jardín. TÍTULO: Escritura de compraventa de fecha 14 de abril de 1997. CARGAS: La vivienda se encuentra libre de cargas. VALOR: DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000, 00.-€).

"2) VIVIENDA EN HORCAJO DE SANTIAGO DESCRIPCIÓN: Una casa-habitación, sita en Horcajo de Santiago, CALLE000 , señalada con el núm. NUM006 , compuesta de planta baja, patio corral, y cámaras en lo alto, en una extensión superficial de 258 metros cuadrados, de los cuales unos 120 m2 corresponden a la parte cubierta y el resto a la descubierta. INSCRIPCIÓN: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Tarancón, Tomo NUM007 del Archivo, Libro NUM008 del Ayuntamiento de Horcajo de Santiago, Folio NUM009 Vuelto, Finca número NUM010 ".

En la propuesta de inventario se atribuía carácter privativo del marido a la:

"Vivienda en Murcia: DESCRIPCIÓN: URBANA. Número NUM000 . Vivienda tipo NUM001 , de pisos del Edificio que se distingue como BLOQUE NUM002 , sito en Murcia, Partido de Santiago y Zairaiche, AVENIDA000 , BARRIO000 , sin número. Tiene una superficie construida de 103 m2 31 dm2, y útil de 88 m2 y 1 dm2. INSCRIPCIÓN: Finca Registral Número NUM004 , Sección Primera del Registro de la Propiedad Número Cuatro de Murcia. Como documento número dieciséis acompaña nota simple de la vivienda sita en AVENIDA000 ".

3. Azucena se opuso a la solicitud de liquidación de su extinguida sociedad de gananciales alegando falta de legitimación activa de la demandante, que expresamente invocaba en su demanda su condición de heredera testamentaria cuando realmente era legataria, por lo que solo podía solicitar de las herederas la entrega del legado. También alegó litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandadas sus dos hijas, herederas del causante. Esta última excepción fue desestimada mediante providencia de 19 de febrero de 2018, en la que se acordó que la falta de legitimación activa de la actora se resolvería en la resolución definitiva que pusiera fin a esa instancia.

4. La sentencia de 9 de octubre de 2017 dictada por el juzgado de primera instancia, tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa de Ángeles , aprobó su propuesta de inventario, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Azucena . También fue impugnada por Ángeles , en el sentido de solicitar que se impusieran las costas a la demandada.

6. Por sentencia de 15 de octubre de 2020, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la primera esposa, confirmó la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa de la viuda y declaró que sí tenía interés legítimo en conocer los bienes que puedan pertenecer a su esposo fallecido, ya que es heredera forzosa por su condición de viuda y, además, por la condición de legataria en virtud del testamento, en el que el causante le lega el usufructo vitalicio de una vivienda ganancial del primer matrimonio. Considera que es preciso llevar a cabo la liquidación de la primera sociedad de gananciales porque de ella dependerá la forma de llevar a cabo el efecto del legado.

La Audiencia Provincial desestimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al entender que no consideraba necesaria la intervención en el proceso de las hijas del fallecido, herederas forzosas y universales, ya que en el procedimiento de formación del inventario no tiene lugar ningún acto de administración ni disposición de bienes de la comunidad, sino simplemente determinar el haber ganancial existente.

La Audiencia Provincial, además, confirmó el criterio de la sentencia de primera instancia en relación con el carácter privativo del esposo de la vivienda de Murcia, respecto de la que la primera esposa, para el caso de que



no se estimaran sus excepciones procesales, defendía que era en parte ganancial en atención al porcentaje del precio satisfecho después de la vigencia de la sociedad de gananciales.

La Audiencia Provincial estimó la impugnación de la actora e impuso a la demandada las costas de la primera instancia.

7. La demandada, Azucena, interpuso contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurso por infracción procesal (fundado en cinco motivos) y recurso de casación (fundado en un motivo).

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO.-** *Motivos primero y segundo. Concurrencia de causa de inadmisión*

1. Los dos primeros motivos del recurso por infracción procesal, transcritos en los antecedentes de hecho de esta sentencia, se refieren a un aspecto muy concreto del inventario. En particular, denuncian infracciones procesales respecto de la valoración de la prueba referidas a una partida del inventario, la vivienda sita en Murcia, respecto de la que la sentencia de apelación dice que es privativa del causante, lo que es impugnado por la primera esposa y recurrente.

2. Estos dos primeros motivos no van acompañados del correspondiente motivo en el recurso de casación en el que se pueda fundar la pretensión de la recurrente. En consecuencia, conforme a lo exigido por la disp. final 16.ª 1.2.ª LEC, concurre causa de inadmisión que en este momento daría lugar a su desestimación.

##### **TERCERO.-** *Motivo tercero. Planteamiento y desestimación*

1. En el motivo tercero del recurso la demandada-apelante ahora recurrente denuncia que se le causó indefensión al no permitirle plantear en la vista la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en contra de lo previsto en los arts. 443.2 LEC y 416 LEC, que permiten plantear en la vista tal excepción.

2. El motivo no puede ser estimado. No se aprecia la indefensión que se alega. En este caso, la razón por la que el juez de primera instancia no admitió la reiteración de la alegación de falta de litisconsorcio pasivo en el acto de la vista es que ya se había pronunciado sobre esta excepción, que la parte demandada había planteado en la comparecencia ante la letrada de la Administración de Justicia para la formación de inventario. El juzgado desestimó expresamente la excepción por providencia de 19 de febrero de 2018. Contra esta providencia interpuso la demandada recurso de reposición, que fue resuelto mediante auto de 31 de julio de 2018, por el que se confirmó la providencia de 19 de febrero de 2018. La propia demandada recurrente hace constar que la explicación que dio el juez en la vista al rechazar el planteamiento de esta excepción era precisamente que ya se había desestimado, que se había resuelto, y se le había explicado a la letrada, quien se reservó el derecho de hacer valer en segunda instancia esta cuestión procesal. Así lo hizo en su recurso de apelación y la sentencia de la Audiencia Provincial confirmó el criterio del juzgado. Aunque la parte considere que debió haber nuevo pronunciamiento sobre la excepción en el acto del juicio, el juzgado ya se había pronunciado y, en cualquier caso, la parte tuvo ocasión de replantearlo en la segunda instancia, por lo que no se le ha generado indefensión. Otra cosa es el acierto del criterio que mantuvieron sobre este particular tanto el juzgado como la Audiencia, cuestión ajena a este motivo y que es objeto de denuncia en el motivo cuarto del recurso por infracción procesal.

##### **CUARTO.-** *Motivos cuarto y quinto del recurso por infracción procesal. Motivo único del recurso de casación. Planteamiento*

1. En el motivo cuarto del recurso por infracción procesal la recurrente denuncia la infracción del art. 12.1 LEC (excepción de litisconsorcio pasivo necesario) y solicita que se decrete la nulidad del procedimiento.

En su desarrollo razona que las hijas del causante fueron instituidas herederas en el testamento de su padre y que para conocer el caudal del fallecido es necesario liquidar la sociedad de gananciales, por lo que necesariamente deben ser parte en el procedimiento.

2. En el motivo quinto del recurso por infracción procesal la recurrente denuncia la infracción del art. 10 LEC (excepción de falta de legitimación activa de la demandante) y solicita que se decrete la nulidad del procedimiento.

En su desarrollo razona que la actora ha sido llamada en el testamento a título de legado, por lo que solo está facultada para pedir la entrega del legado a los herederos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 885 CC. Razona que, como viuda, lo que puede solicitar es la liquidación de su sociedad de gananciales, pero no la de una sociedad conyugal ajena.

La falta de legitimación activa de la viuda es también denunciada en el recurso de casación. Así, el motivo único de ese recurso que, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, denuncia la infracción de las normas



aplicables para resolver las cuestiones del proceso y, en concreto, de los arts. 657, 658, 660, 661, 668, 675, 768, 885 y 1058 CC y de la doctrina que lo interpreta.

En su desarrollo razona que el legatario no es sucesor universal y que el viudo, aunque sea legitimario no es por esa razón heredero si no es instituido como tal por el causante. Explica que, en el caso, el testador no instituyó heredera a la viuda, sino que le atribuyó un legado sobre una cosa cierta y determinada, por lo que no está facultada para promover la división de la herencia ni la liquidación de gananciales de la sociedad formada por el causante y la demandada-recurrente. Añade que en la formación de inventario deben intervenir los cónyuges ( art. 809 LEC) y, fallecido uno, el supérstite y los herederos del premuerto.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso por infracción procesal y del motivo único de casación*

La recurrente denuncia en el motivo cuarto del recurso por infracción procesal la falta de litisconsorcio pasivo necesario, y tiene razón.

En un procedimiento dirigido exclusivamente contra la primera esposa, la viuda ha promovido la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio del causante, disuelto por divorcio. La sociedad de gananciales de ese primer matrimonio se extinguió en ese momento ( arts. 95 y 1392 CC) y, con independencia de la valoración que merezcan las soluciones alcanzadas en los procedimientos promovidos por las partes con anterioridad (y que han quedado reflejados en el fundamento de derecho primero de esta sentencia), lo cierto es que tal sociedad de gananciales no se ha llegado a liquidar. Estamos por tanto ante una comunidad postganancial de la que indudablemente formaban parte los dos cónyuges de ese primer matrimonio, la Sra. Azucena (ahora demandada) y el Sr. Leon y, desde el fallecimiento del Sr. Leon , y ocupando su lugar, sus herederas. La solicitud de liquidación y partición debió dirigirse contra todos los partícipes o miembros de la comunidad postganancial, incluidas por tanto las herederas del Sr. Leon .

En principio, ello determinaría la nulidad de lo actuado, con retroacción de las actuaciones al momento de la audiencia previa, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, en este caso, no es lo que procede, pues, por lo que decimos a continuación, y tal como se denuncia por la recurrente en el motivo quinto del recurso por infracción procesal y en el motivo único del recurso de casación, la actora no está legitimada para promover la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio.

El testador dispuso un legado del usufructo vitalicio sobre una vivienda concreta en pago de la legítima de la viuda. La viuda, por tanto, no ha sido instituida heredera ni legataria de parte alícuota, y por su sola condición de legitimaria con derecho al usufructo no forma parte de la comunidad hereditaria (de hecho, los herederos pueden decidir conmutar el usufructo del viudo, art. 839 CC y mientras la conmutación no se realice existe una afección real en garantía de su derecho). No existe una comunidad entre la viuda y las herederas. Otra cosa es que, para la tutela de su interés, el viudo deba ser citado en la división promovida por los legitimados, conforme al art. 783.3 LEC. En consecuencia, la actora tampoco puede ser considerada copartícipe de la comunidad postganancial que en este caso pretende liquidar y, por ello, no está legitimada para promover su liquidación.

El testador ha dispuesto que el legado del usufructo de la vivienda se imputa a la cuota legal usufructuaria y, en lo que exceda, a la parte libre, pero la viuda sí tiene derecho a comprobar que el legado que le ha sido deferido por el causante cubre al menos lo que legalmente le corresponde, el usufructo del tercio de mejora ( art. 834 CC). La ley, que no le reconoce al viudo que no sea coheredero o legatario de parte alícuota el derecho a instar la división ( art. 782 LEC) sí le reconoce el derecho a intervenir en la partición de la herencia instada por otros ( art. 783.2 LEC), y también le permite solicitar la intervención del caudal a efectos de inventario y administración ( art. 792.1.1º LEC), sin necesidad de exigir que se proceda a la partición propiamente dicha, que como tal no termina hasta que se practican las adjudicaciones a los herederos. No hay que olvidar, por lo demás, que dentro del caudal está la parte que corresponda al causante en su primera sociedad de gananciales, pero también los bienes privativos del causante, y lo que al causante le corresponda en la sociedad de gananciales con la propia viuda. La viuda sin embargo en este procedimiento lo que interesa literalmente es la "liquidación de la sociedad de gananciales entre Leon y Azucena , -para ello acompaña propuesta de inventario de dicha sociedad de gananciales, con el fin de que determinado dicho inventario se pueda proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales". La protección de los derechos de la viuda no le permite imponer la división con adjudicación de bienes, sino comprobar en su caso mediante las operaciones particionales correspondientes que su derecho legitimario queda cubierto por el legado.

Para justificar la legitimación de la actora para promover la liquidación de la sociedad de gananciales del primer matrimonio de su marido, la sentencia recurrida tiene en cuenta que el legado deferido a la viuda es de un bien ganancial, pues como tal se calificó por la sentencia de primera instancia la vivienda de La Manga sobre la que recae el usufructo testamentario legado a la viuda, de acuerdo con la propuesta de inventario presentada



por ella misma, y sobre lo que no existió oposición de la demandada. Con cita de la sentencia de esta sala 21/2018, de 17 de enero, en la que se dice que la eficacia del legado de cosa postganancial depende de a quién se adjudique el bien en la división, la Audiencia concluye que es precisa la liquidación de la sociedad de gananciales, pues de ella dependerá la forma de llevar a efecto el legado otorgado a la demandante.

Es cierto que para que se entienda adquirida desde que muere el testador la propiedad de cosa cierta y determinada es preciso que la cosa legada se encuentre en su patrimonio ( art. 882 CC). También que, de acuerdo con lo previsto en el art. 1380 CC para el legado de cosa ganancial, aplicable por analogía al legado de cosa postganancial, si en la liquidación de la sociedad el bien no se adjudica en el lote correspondiente al testador, habrá que considerar legado el valor del bien ganancial al tiempo del fallecimiento (en este caso el usufructo vitalicio de la vivienda de la Manga). Pero de ahí no se desprende que el beneficiario de la disposición testamentaria de un bien ganancial esté legitimado para promover la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que podría exigir en su caso, sin perjuicio de lo que diremos a continuación, que la excónyuge y las herederas del causante procedan a la liquidación lo que, de no hacerse voluntariamente, podría llevarse a cabo en ejecución de la sentencia que las condenara a ello.

Con todo, lo anterior presupone la calificación del bien legado como ganancial, calificación que en este caso se ha producido en las sentencias de instancia sin que en el procedimiento fueran parte las hijas y herederas del causante, a pesar de ser copartícipes de la sociedad de gananciales existente entre sus padres.

Por otra parte, es a las herederas a quienes corresponde la entrega de la cosa legada ( art. 885 CC), sin que tampoco puedan negarse a su entrega por el hecho de no haber llevado a cabo todavía la partición de la herencia. La actora debió requerir a las herederas para que cumplieran con su obligación de entrega del legado, siendo ellas las que en su caso hubieran podido objetar, entre otras circunstancias, bien el daño a su legítima, bien el carácter ganancial de la vivienda y la falta de liquidación. De ahí la conveniencia de que, ante esta última eventualidad, la actora dirigiera su demanda también contra la primera esposa, pero sin prescindir nunca de las herederas.

La disposición del legado previsto por el testador no impone el modo de hacer la liquidación de la sociedad de gananciales, pero nada impide que se cumpla voluntariamente. Si existe acuerdo, incluso sin necesidad de liquidar para el caso de que las demandadas se avinieran a hacer efectivo en su integridad el legado del usufructo sobre la vivienda de La Manga.

En definitiva, debemos concluir que procede estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandada recurrente, pues ni la actora está legitimada para promover la liquidación de la sociedad de gananciales que ha interesado ni ello podría hacerse en ningún caso sin la presencia de las herederas. Ni el derecho a que se le entregue el legado ni su interés en comprobar que el legado deferido cubre su legítima (lo que tampoco ha sido sugerido) legitiman a la actora para promover en los términos que ha hecho la liquidación de los gananciales del primer matrimonio.

Por lo dicho, la actora debió dirigirse contra las herederas y la exesposa solicitando de las primeras la condena a la entrega del legado deferido por el causante en forma específica, interesando en su caso la práctica de las operaciones particionales que le permitieran verificar la cobertura de su derecho legitimario. Subsidiariamente, previa liquidación en su caso de la sociedad de gananciales existente entre la primera esposa y el causante, la condena a las herederas al pago en dinero del valor del legado al tiempo del fallecimiento del testador.

En consecuencia, casamos la sentencia recurrida, estimamos el recurso de apelación de la demandada y desestimamos la demanda.

#### **SEXTO.- Costas**

La estimación de los recursos determina que no se impongan las costas devengadas por los mismos. Tampoco se imponen las costas de la apelación, ya que el recurso debió ser estimado. Se imponen a la demandante las costas de la primera instancia dada la desestimación de la demanda.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar parcialmente los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por Azucena contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2020 por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 4/2020, dimanante del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales n.º 1456/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia.



2.º- Casar la mencionada sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Azucena y desestimar la demanda interpuesta por Ángeles .

3.º- No imponer las costas de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y ordenar la restitución de los depósitos constituidos para su interposición. No imponer las costas de la apelación e imponer a la demandante las costas de la primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ