



Roj: **STSJ GAL 1891/2006 - ECLI:ES:TSJGAL:2006:1891**

Id Cendoj: **15030310012006100026**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2006**

Nº de Recurso: **16/2006**

Nº de Resolución: **40/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO ANGEL SANDE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1858/2005,**  
**STSJ GAL 1891/2006**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

A Coruña, siete de diciembre de dos mil seis, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, constituida por los

Ilmos. Sres. magistrados don Juan José Reigosa González, don Pablo Saavedra Rodríguez y don Pablo A. Sande García, dictó

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A NÚMERO 40**

En el recurso de casación **16/2006** interpuesto por don Eusebio , representado por el procurador don Luis Sánchez González y asistido por la letrada doña Sofía Frieiro López, y en el que es parte recurrida doña María Milagros y doña Marí Luz , representadas por la procuradora doña Covadonga Valencia Vallina y asistidas por el letrado don Victorino Fuente Martínez, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de veinticinco de noviembre de dos mil cinco (rollo de apelación número 259 de 2005), como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 839 de 2002, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de A Coruña, sobre nulidad de liquidación de gananciales y de partición hereditaria.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: 1. La procuradora doña Covadonga Valencia Vallina, en nombre y representación de don Fidel , mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de A Coruña, formuló, el 27 de noviembre de 2002 , demanda de juicio ordinario contra don Eusebio , doña Montserrat y doña Mercedes .

En dicha demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho habidos por convenientes, termina solicitando que se dicte sentencia por la que:

1. Se declare nula e ineficaz la liquidación de la sociedad de gananciales de D. Jon y doña Beatriz , realizada por los demandados y protocolizada el cinco de julio de 2002 por el Notario de La Coruña D. José Antonio Cuervo Somoza.
2. Se declare nula e ineficaz la partición de la herencia de doña Beatriz suscrita por el contador-partidor D. Gustavo y protocolizada el cinco de julio de 2002 por el Notario de La Coruña D. José Antonio Cuervo Somoza.
3. Se condene a los demandados al pago de las costas de este juicio.



2. Admitida la demanda, por medio de auto dictado el siguiente 19 de diciembre , y emplazados los demandados, la procuradora doña Carmen Camba Méndez compareció en los autos (el 27 de enero de 2003) en nombre y representación de doña Montserrat y doña Mercedes y la contestó estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para acabar solicitando que se dicte sentencia rechazándola por lo que hace a todos sus pedimentos y condenando al pago de las costas al actor.

A su vez compareció en los autos (el 7 de febrero) el procurador don Luís Sánchez González en nombre y representación de don Eusebio quien también contestó la demanda interesando la desestimación en su totalidad de sus pedimentos con la expresa imposición de costas a la parte demandante y alternativamente y para el supuesto de admitirse parcialmente las pretensiones del actor, le sean impuestas las costas igualmente, por entender resulta acreditado litiga de forma temeraria, promoviendo un litigio sin dar opción a avenencia alguna respecto a las operaciones particionales que impugna; con todos los demás pronunciamientos que en Derecho procedan.

3. Las partes fueron convocadas para asistir a la audiencia previa establecida en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y celebrada ésta aquéllas ratificaron sus escritos y propusieron prueba.

4. La procuradora doña Covadonga Valencia Vallina solicitó, el 21 de noviembre, la sucesión procesal del demandante fallecido don Fidel en nombre y representación de doña María Milagros y doña Marí Luz , a lo que la parte demandada no se opuso.

Celebrado juicio el 19 de febrero de 2004, los autos quedaron conclusos.

5. El Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de A Coruña dictó sentencia con fecha de 30 de diciembre de 2004 , cuyo fallo es como sigue:

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Valencia Vallina en la representación de D<sup>a</sup>. María Milagros y D<sup>a</sup>. Marí Luz que actúa en calidad de heredera de D. Fidel y contra D. Eusebio , D<sup>a</sup>. Montserrat y D<sup>a</sup>. Mercedes declaro nula e ineficaz la liquidación de la sociedad de gananciales de D. Jon y D<sup>a</sup>. Beatriz , realizada por los demandados y protocolizada el día 5 de julio de 2002 por el Notario de A Coruña D. José Antonio Cuervo Somoza, y declaro nula e ineficaz la partición de la herencia de D<sup>a</sup>. Beatriz suscrita por el contador-partidor D. Gustavo , protocolizada el día 5 de julio de 2002 por el mismo Notario, imponiendo a los demandados el pago de las costas.

SEGUNDO: La representación de los demandados interpuso recurso de apelación y una vez tramitada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con fecha de 25 de noviembre de 2005 , que en su parte dispositiva dice:

Desestimando los recursos de apelación presentados, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Coruña, en autos de Juicio Ordinario 839/02, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

TERCERO: 1. La representación de los demandados y apelantes doña Mercedes y doña Montserrat presentó escrito el 19 de diciembre en el que manifestaba su propósito de interponer recurso de casación en esta Sala contra la sentencia dictada el anterior 25 de noviembre por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña , y lo mismo hizo ese día el procurador don Luis Sánchez González respecto del también demandado y apelante don Eusebio . Dicha Sección, por providencia de fecha 16 de enero, tuvo por preparados los recursos de casación y concedió a las partes recurrentes el plazo de veinte días hábiles para su interposición.

2. El procurador don Luís Sánchez González, en nombre y representación de don Eusebio , mediante escrito presentado en dicha Sección el 15 de febrero, interpuso recurso de casación contra la indicada sentencia de 25 de noviembre de 2005. Por providencia de 14 de marzo, la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso de casación, acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y emplazar ante éste por treinta días a las partes. Dicha providencia fue dejada sin efecto por auto de 21 de abril acordando remitir los autos y emplazar a las partes ante este Tribunal

CUARTO: Recibidos los autos en este Tribunal y personadas ante el mismo las partes, así como una vez pasadas las actuaciones al Magistrado Ponente, la Sala dictó auto con fecha de 30 de mayo de 2006 por el que acordó admitir a trámite el recurso de casación. En nombre y representación de doña María Milagros y de doña Marí Luz , la procuradora doña Covadonga Valencia Vallina formalizó escrito de impugnación del recurso el 6 de julio.

La Sala, por providencia de 1 de septiembre, señaló día, el pasado 20 de octubre , para la votación y fallo del recurso.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1. Los demandados (don Eusebio , doña Montserrat y doña Mercedes ) en el pleito que uno de ellos (don Eusebio ) consigue que llegue a casación como recurrente, promovieron el año 2002, de acuerdo con lo establecido en los artículos 165 y 166 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo , de derecho civil de Galicia (LDCG), la partición de la herencia de don Jon y previamente procedieron a liquidar la sociedad de gananciales de éste y de su esposa doña Beatriz , fallecida en estado de viudedad el año 1989, la cual había instituido herederos a su nieto don Fidel (el actor) junto con su hermano don Eusebio en su participación en el tercio de legítima estricta, siendo instituida en el resto su hija doña Montserrat y ordenando el legado del piso en que habitaba a su nieta Mercedes . Sin embargo, y de ahí el origen de la controversia jurisdiccional, a dicha liquidación no concurren ni el contador-partidor de la herencia de doña Beatriz ni su mencionado heredero don Fidel , quien en el litigio que nos ocupa persigue la nulidad e ineficacia de la liquidación de los gananciales realizada por los demandados así como consecuentemente la de la partición de la herencia de doña Mercedes protocolizada el mismo día, y que fue realizada por el contador-partidor incluyendo los gananciales que a ella le fueron adjudicados en la liquidación de gananciales y pago del legado llevados a cabo en la partición por mayoría de intereses de los herederos de don Jon .

2. La sentencia del Juzgado y la de la Audiencia que la confirma coinciden en acoger la pretensión de la parte actora. Solventada definitivamente en primera instancia la cuestión relativa a la aplicación de los preceptos de la LDCG a una sucesión abierta ex artículo 657 del Código Civil (CC ) antes de su entrada en vigor, la que se resuelve positivamente por el juzgador, en armonía por lo demás con los pronunciamientos de esta sala recaídos al respecto (v.gr., sentencia, STSJG, 22/2004, de 30 de junio ) la sentencia de la Audiencia, también sin necesidad de ahondar en la posible nulidad de la partición de la herencia de doña Mercedes que resultaría en último término del incumplimiento de alguna de las operaciones particionales de la misma (según a mayor abundamiento había destacado la del Juzgado), acepta que la mayoría de herederos que decide partir ex artículos 165 y 166 LDCG puede liquidar la sociedad de gananciales del causante (don Jon ), pero como es natural en unión del cónyuge sobreviviente o -fallecido éste- de sus herederos (los de doña Beatriz ), y de ahí que en el caso enjuiciado, en el que se prescinde de que concurren a la liquidación el contador-partidor designado por ella y su heredero el actor, se imponga la nulidad de la liquidación por esta causa y por derivación la de la partición de la herencia de doña María Milagros .

SEGUNDO: Tiene razón la parte recurrida al apuntar en el escrito de oposición al recurso los defectos constructivos en los que incurre la recurrente: silenciar completamente, tanto al prepararlo como al interponerlo, la Ley 5/2005, de 25 de abril , reguladora de la casación en materia de derecho civil de Galicia (LDCG), cuyo artículo 2.2 es el que atiende al presupuesto de recurribilidad de la sentencia de la Audiencia al que hay que estar y no el del 477.2 .2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ni mucho menos el del artículo 477.2.3º LEC, innecesariamente invocado en el recurso, confundiendo además el interés casacional con los motivos de casación referidos en los artículos 477.1 LEC y 2.2 LDCG (por todas, STSJG 32/2003, de 31 de octubre); y el único motivo del recurso, en el que se denuncia que la sentencia de la Audiencia no ha efectuado una "correcta aplicación" de "los artículos 165 y siguientes" de la LDCG acudiendo "impropiamente" a una "aplicación analógica de las normas del Derecho Civil común", hace supuesto de la cuestión o no se atiende al factum probado, mezcla cuestiones de hecho y de derecho sin reparar en que la casación no es una tercera instancia, así como procesales con sustantivas sin diferenciar entre lo que es motivo de infracción procesal y motivo de casación (por todas, STSJG 7/2006, de 16 de febrero). Sea como fuere, es en el análisis del fondo del recurso de casación interpuesto en donde reside la razón determinante de su fracaso, según seguidamente veremos.

TERCERO: 1. La laguna que, en efecto, se desprende de los artículos 165 a 168 LDCG tocantes a la partición entre coherederos que representan la mayoría económica acerca de si pueden liquidar la sociedad de gananciales del causante en concurrencia, claro está, con el cónyuge viudo o sus herederos, y desde luego, en esta última hipótesis, que es la del caso enjuiciado, o con la del contador-partidor designado en su testamento por dicho cónyuge viudo, es cubierta en la sentencia de la Audiencia acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo que comienza por indicar que la liquidación de gananciales es un prius lógico de la partición en que existan bienes de ese carácter toda vez que únicamente después de concretados cuáles de entre ellos corresponden a cada cónyuge puede llevarse a cabo la partición, la cual -añadimos- no consiente mezclar bienes privativos y gananciales o incluir bienes ajenos al patrimonio del causante porque sólo puede recaer sobre bienes de su exclusiva propiedad "y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son": sentencia del Tribunal Supremo (STS) 641/2006, de 15 de junio , en la que se traen a colación la de 7 de septiembre de 1998, y la que considera "emblemática" Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1916.



Y si para cubrir la laguna legal de que se trata no bastase con la doctrina acabada de reflejar, la sentencia de la Audiencia también acude a la jurisprudencia que al menos desde la plasmada en las SSTs de 10 de enero de 1934 y de 17 de abril de 1943 reconoce al contador-partidor ex artículo 1057 CC -en el que igualmente se guarda silencio al respecto- la facultad de liquidar la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo o sus herederos, aunque no le hubiese sido otorgada expresamente. Facultad, por cierto, que novedosamente recoge el artículo 293 principio de la nueva LDCG o Ley 2/2006, de 14 de junio ("en la partición, el contador-partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos"); y del mismo o parecido modo, el contador-partidor que en el marco de la partición promovida por acuerdo mayoritario de los herederos también novedosamente se prevé designar (artículo 301 LDCG de 2006), será quien procederá a la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal "en unión, en su caso, del cónyuge viudo" (artículo 302 principio LDCG de 2006).

2. Se comprenderá, en definitiva, que la laguna que resulta del artículo 165 LDCG de 1995 en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales, haya sido cubierta de la manera incluso más favorable a los intereses de la recurrente a poco que se repare en que no dejaría de ser razonable la interpretación que condujese a concluir que por parte del causante no basta para liquidar los gananciales la mayoría económica de herederos promotora de la partición, sino que se precisa del concurso de todos ellos dado ese silencio legal, el contenido no contractual de la partición por mayoría y el hecho de que en realidad los coherederos concurrentes no pueden partir por sí solos, ni gozan de libertad de forma ni de contenido, mereciendo al cabo ser concebidos antes como promotores que como autores de la partición (lo que sin ambages y rotundamente subraya el texto de la LDCG de 2006).

Conste, de todas las maneras, que ninguna duda ofrece que la sentencia de la Audiencia admite que la mayoría de los herederos que se sirven de la partición ex artículo 165 LDCG de 1995 puede liquidar la sociedad de gananciales del causante, y esta interpretación, favorecedora como dijimos para la recurrente, a diferencia de la que exigiese la unanimidad de todos los herederos, es evidente que por lo mismo no puede ser tachada por ella de vulneradora de ese precepto, como sí lo sería la que propugnase, como verdaderamente así lo propugna la recurrente, que la mayoría que efectivamente puede liquidar los gananciales del causante (don Jon) no tenga que contar con el cónyuge sobreviviente o, fallecido éste (doña Mercedes) como es el caso, con el contador-partidor de su herencia o con sus herederos (entre ellos, el actor don Fidel). Todo lo contrario: el contador-partidor designado en el testamento de doña Mercedes, cuya herencia por lo tanto no es partible por mayoría (aunque sí podría haberlo sido ex artículo 164 LDCG por acuerdo unánime de los herederos), necesariamente debió de concurrir a la liquidación de la sociedad de gananciales (o si no la totalidad de sus herederos) junto con la mayoría de los herederos de don Jon, y precisamente por ello (por la no intervención del contador-partidor de su herencia, la de doña Mercedes), es por lo que ex artículos 1261.1º CC y 1410 CC en relación con el párrafo primero del 1057 CC y con el 1058 CC se impone como obligada la declaración de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y por derivación la de la partición de la herencia de doña Mercedes que en este pleito instó uno de sus herederos fundándose además en su falta de consentimiento.

CUARTO: La desestimación de los motivos en que se basa la casación comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación de la sentencia recurrida (argumento ex artículo 487.2 LEC). En lo tocante a las costas del recurso, resolvemos no imponerlas porque nos lo consiente la salvedad contenida en el artículo 394.1 LEC, al que se remite el artículo 398.1 LEC, como consecuencia de apreciar que el caso resultaba jurídicamente dudoso ante la inexistencia de jurisprudencia de esta Sala recaída en supuestos similares.

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

## FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Eusebio contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha de 25 de noviembre de 2005 (rollo de apelación número 259 de 2005), la cual confirmamos, sin imposición de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia y devuélvanselo las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmados: Juan José Reigosa González.- Pablo Saavedra Rodríguez.- Pablo A. Sande García.- Rubricados".

La anterior sentencia fue publicada en el mismo día de su fecha.