



Roj: **SAP GU 500/2022 - ECLI:ES:APGU:2022:500**

Id Cendoj: **19130370012022100498**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2022**

Nº de Recurso: **646/2020**

Nº de Resolución: **329/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SUSANA FUERTES ESCRIBANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Molina de Aragón, núm.1, 05-03-2020 (proc. 171/2013),  
SAP GU 500/2022**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**GUADALAJARA**

Modelo: N10250

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Teléfono: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: PR

**N.I.G.** 19190 41 1 2013 0100224

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000646 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de MOLINA DE ARAGON

**Procedimiento de origen:** DIH DIVISION HERENCIA 0000171 /2013

Recurrente: Benigno , Adelina , Bienvenido , Aida , Almudena

Procurador: RAQUEL DELGADO PUERTA, EMILIO PRADILLA CARRERAS , BLANCA GUTIERREZ GARCIA , BELEN PONTERO PASTOR , ANA MARIA AGUILAR HERRANZ

Abogado: LUIS GARCIA SANCHEZ, , FRANCISCO JAVIER CRESPO RODRIGO , DAVID ARBUÉS AÍSA

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**ILMA. SRA. PRESIDENTE:**

**D<sup>a</sup>. ISABEL SERRANO FRÍAS**

**ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:**

**D<sup>a</sup> MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

**D<sup>a</sup> SUSANA FUERTES ESCRIBANO**

**SENTENCIA N<sup>o</sup> 329/22**

En **Guadalajara**, a treinta de junio de dos mil veintidós.



VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de **GUADALAJARA**, los Autos de División de Herencia núm 171/13, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE MOLINA DE ARAGON, a los que ha correspondido el Rollo nº 646/20, en los que aparece como parte apelantes/apelados D. Benigno , representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/Dª Raquel Delgado Puerta y asistido por el/la Letrado/a D/Dª Luis Garcia Sánchez, Dª. Adelina representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/Dª Emilio Pradilla Carreras y asistido por el/la Letrado/a D/Dª , D. Bienvenido representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/Dª Blanca Gutiérrez Garcia, y asistido por el/la Letrado/a D/Dª Fermín Ruiz Sierra, Dª. Aida representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/Dª Belén Pontero Pastor, y asistido por el/la Letrado/a D/Dª Francisco Javier Crespo Rodrigo, Dª. Almudena representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/Dª Ana Maria Aguilar Herranz, y asistido por el/la Letrado/a D/Dª David Arbués Aísa, sobre división de herencia, y siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª SUSANA FUERTES ESCRIBANO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** En fecha 5 de marzo de 2020 se dictó sentencia, aclarada por auto de 2 de julio de dos mil veinte, fecha cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "**FALLO: ACUERDO:** *Que el inventario de la herencia de Don Joaquín ha de quedar como sigue:*

### " ACTIVO

A) Mitad indivisa de la vivienda en CALLE000 número NUM000 duplicado piso NUM001 de Zaragoza.

B) Mitad indivisa de la vivienda en AVENIDA000 número NUM002 NUM003 de Zaragoza.

C) Mitad indivisa del Inmueble sito en PLAZA000 número NUM004 de Molina de Aragón, que consta de local comercial dos plantas y una cámara o desván.

D) Solar sito en Molina de Aragón CAMINO000 número NUM005 .

E) Saldos en efectivo en cuenta corriente por importe de 8.369,08 euros.

F) Crédito de la herencia contra Doña Almudena , como fruto de un bien de la misma (de su mitad), a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente del inmueble referido en el apartado c) de la presente desde el fallecimiento del causante hasta que dicho inmueble se adjudique.

### PASIVO.

G) Mitad del débito a favor de Doña Almudena consecuencia de las obras realizadas en favor del bien común reseñado en el apartado c) por importe de 13.003,80 euros.

H) Débito a favor de Doña Almudena por importe de la mitad de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia que sean comunes y por entero aquellos que gravaren los bienes privativos, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición y a liquidar en dicha fase en idéntica proporción.

I) Débito a favor de Doña Adelina por importe de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición a liquidar en dicha fase por mitad en aquellos que sean comunes y por entero si gravaren el bien privativo, debiendo incluirse los 2.000 euros que costó realizar la tasación del inmueble (esta última partida por entero al haberse suscitado la cuestión como consecuencia de la partición que ahora nos ocupa)."

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Benigno , Adelina , Bienvenido , Aida , Almudena se interpusieron recursos de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Para la adecuada resolución de los recursos presentados contra la sentencia dictada en fecha de cinco de marzo de dos mil veinte, han de tomarse en consideración los antecedentes de hecho que pasamos a recoger.



- Por la Procuradora DOÑA BELEN PONTERO PASTOR, en el nombre y representación de DOÑA Aida , se presentó escrito promoviendo el procedimiento de división judicial de la herencia causada por DON Joaquín , fallecido en Molina de Aragón, en fecha de 27 de octubre de 2009, en estado de viudo de sus únicas nupcias con DOÑA Candida , careciendo de ascendientes y habiéndole sobrevivido sus tres hijos, DOÑA Adelina , DOÑA Almudena y DON Alonso , y dos nietos hijos del hijo premuerto DON Joaquín , llamados DON Bienvenido Y DOÑA Aida .

- El causante otorgó su último testamento el día 6 de febrero de dos mil uno, revocando expresamente cualquier otro testamento anterior.

- El causante otorgó testamento mancomunado con su esposa en fecha de ocho de noviembre de 1993, y posterior testamento habiendo fallecido su esposa de fecha 16 de abril de 1996.

-Al presente procedimiento se acumuló el instado por la Procuradora DOÑA BLANCA GUTIERREZ GARCÍA, en el nombre y representación de DON Bienvenido .

-No alcanzado acuerdo en el acto de formación de inventario se citó a la partes para la celebración de vista.

-En la sentencia objeto del presente rollo establece:

ACUERDO: Que el inventario de la herencia de Don Joaquín ha de quedar como sigue:

#### ACTIVO

A)Vivienda en CALLE000 número NUM000 duplicado piso NUM001 de Zaragoza.

B)Vivienda en AVENIDA000 número NUM002 NUM003 .

C)Inmueble sito en PLAZA000 número NUM004 de Molina de Aragón, que consta de local comercial dos plantas y una cámara o desván.

D)Solar sito en Molina de Aragón CAMINO000 número NUM005 .

E)Saldos en efectivo en cuenta corriente por importe de 8.369,08 euros.

F)Crédito de la herencia contra Doña Almudena , como fruto de un bien de la misma, a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente del inmueble referido en el apartado c) de la presente desde el fallecimiento del causante hasta que dicho inmueble se adjudique.

#### PASIVO.

G)Débito a favor de Doña Almudena consecuencia de las obras realizadas en favor del bien común reseñado en el apartado c) por importe de 26.007,61 euros.

H)Débito a favor de Doña Almudena por importe de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición y a liquidar en dicha fase.

I)Débito a favor de Doña Adelina por importe de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición a liquidar en dicha fase, debiendo incluirse los 2.000 euros que costó realizar la tasación del inmueble.

- Por la representación procesal de DOÑA Almudena , se solicita se aclare que lo señalado afecta sólo a los bienes de D. Joaquín y a su participación en los gananciales, por cuanto la herencia de la esposa ya había sido asignada fiduciariamente en el segundo de los testamentos y a ello debe estarse, y se aclare si el tercer testamento afecta exclusivamente los bienes de Don Joaquín y su participación en los gananciales y el segundo, a los propios y gananciales de su esposa, y en consecuencia de lo anterior la compensación lo será respecto de la participación de D Joaquín , pues la de la esposa ya había sido legada y su posesión era legítima; que la referencia a los inmuebles gananciales no puede ser en su totalidad sino a los derechos que ostente D Joaquín única sucesión objeto del procedimiento o en su caso a la mitad indivisa; que la referencia a los inmuebles gananciales no puede ser en su totalidad sino a los derechos que en los mismo ostente D. Joaquín , única sucesión objeto del procedimiento, o en su caso a la mitad indivisa; que la trasmisión del pleno dominio lo es exclusivamente de su participación en los gananciales, con independencia de la validez y eficacia de la asignación fiduciaria de la esposa, que como hemos dicho es algo ajeno a esta partición, con independencia de su validez. La validez de la asignación fiduciaria es requisito PREVIO para poder abordar la sucesión de D. Joaquín , pero no forma parte de la misma, lo asignado fiduciariamente lo es en la herencia de la esposa que no es objeto de este procedimiento. Por otro lado se concede más de lo pedido pues nadie ha solicitado que el 100 % del pleno dominio de los gananciales formen parte de la herencia de D. Joaquín .



- Por auto de aclaración de fecha dos de julio de dos mil veinte se señala por el Juez " Tanto en el fundamento de derecho cuarto, como en toda la sentencia nos referimos a los bienes de Don Joaquín , que es el único objeto de inventario en este procedimiento, y en consecuencia tanto a los que le resulten privativos como a la participación que tenga en los bienes consorciales, puesto que la ejecución de la fiducia sobre la participación de la esposa no es sino un antecedente meramente aclaratorio del contenido de la sentencia, pero en ningún caso, es objeto de la misma.2.Lo mismo sucede con la casa de Molina cuya mitad, que era la participación del causante, es el único porcentaje que puede ser objeto de partición.3.Otro tanto sucede respecto de los frutos que sólo pueden ser cuantificados sobre la mitad del bien, sin perjuicio de que, por el reparto que se haga de la herencia de Doña Candida pueda traerse a colación la otra mitad. Y en consecuencia con los gastos realizados sobre los bienes de la herencia que sólo podrán traerse a la mitad".

Y DISPONE: 1.Haber lugar a la aclaración solicitada.2.El inventario recogido en el fallo debe quedar como sigue:

"ACTIVO

A) Mitad indivisa de la vivienda en CALLE000 número NUM000 duplicado piso NUM001 de Zaragoza.

B) Mitad indivisa de la vivienda en AVENIDA000 número NUM002 NUM003 de Zaragoza.

C) Mitad indivisa del Inmueble sito en PLAZA000 número NUM004 de Molina de Aragón, que consta de local comercial dos plantas y una cámara o desván.

D) Solar sito en Molina de Aragón CAMINO000 número NUM005 .

E) Saldos en efectivo en cuenta corriente por importe de 8.369,08 euros.

F) Crédito de la herencia contra Doña Almudena , como fruto de un bien de la misma (de su mitad), a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente del inmueble referido en el apartado c) de la presente desde el fallecimiento del causante hasta que dicho inmueble se adjudique.

PASIVO.

G) Mitad del débito a favor de Doña Almudena consecuencia de las obras realizadas en favor del bien común reseñado en el apartado c) por importe de 13.003,80 euros.

H) Débito a favor de Doña Almudena por importe de la mitad de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia que sean comunes y por entero aquellos que gravaren los bienes privativos, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición y a liquidar en dicha fase en idéntica proporción.

I) Débito a favor de Doña Adelina por importe de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición a liquidar en dicha fase por mitad en aquellos que sean comunes y por entero si gravaren el bien privativo, debiendo incluirse los 2.000 euros que costó realizar la tasación del inmueble (esta última partida por entero al haberse suscitado la cuestión como consecuencia de la partición que ahora nos ocupa)."

- Contra la indicada sentencia aclarada por auto, por la Procuradora DOÑA ANA MARÍA GUILAR HERRANZ, en el nombre y representación de DOÑA Almudena , se interpone recurso de apelación solicitando se dicte sentencia por la que estimando EL RECURSO DE APELACIÓN DE ESTA PARTE REVOQUE LA sentencia dictada en la instancia:Declare:

1.-Declare que la ejecución fiduciaria efectuada por Don Joaquín en su testamento del día 16 de abril de 1996 supuso la liquidación del consorcio matrimonial disuelto por fallecimiento de su esposa Doña Candida .

2.-Excluir del activo los bienes A y B (pisos de Zaragoza) por no pertenecer al haber partible entre herederos al ser legados de cosa cierta de los que han tomado posesión los legatarios.

3.-Excluya del activo el crédito frente a mi mandante por "Crédito de la herencia contra Doña Almudena , a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente del inmueble referido en el apartado c) de la presente desde el fallecimiento del causante hasta que dicho inmueble se adjudique "

4.-Incluya en el pasivo la totalidad de los importes referidos en este recurso por pago de obras, referido al 50 % por ser lo que corresponde a la herencia de D. Joaquín .

- Por la Procuradora DOÑA BELÉN PONTERO PASTOR, en el nombre y representación de DOÑA Aida , se interpuso recurso de apelación solicitando se proceda a la revocación de la sentencia de instancia en el concreto particular recurrido, dictando otra por la que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1.-Se declare que D<sup>a</sup>. Aida acepta la herencia a beneficio de inventario.



2.-Se declare que el causante D. Joaquín tenía vecindad civil común, falleciendo con dicha vecindad.

3.-Se incluya en la partida ACTIVO un nuevo apartado, "Crédito de la herencia contra Doña Almudena , por importe de 36.519,93.-euros, 17.888,55€ + 18.631,38€, recibidos del causante D. Joaquín en fechas 02-06-2000 y 05-06-2000, actualizándose dicha cantidad al momento en que se realice la partición y liquidación de la herencia".

4.-Se incluya en la partida ACTIVO un nuevo apartado,"Crédito de la herencia contra Doña Almudena y contra Doña Adelina , como fruto de dos bienes de la misma (de su respectiva mitad), a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente de los respectivos inmuebles de Zaragoza, desde el fallecimiento del causante hasta que se realice la total partición de la herencia".

5.-Se excluya de la partida PASIVO recogida en el apartado "PASIVO. G). Mitad del débito a favor de Doña Almudena consecuencia de las obras realizadas en favor del bien común reseñado en el apartado c) por importe de 13.003,80euros".

6.-Se excluya de la partida PASIVO recogida en el apartado "PASIVO. H). Débito a favor de Doña Almudena por importe de la mitad de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia que sean comunes y por entero aquellos que gravaren los bienes privativos, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición y a liquidar en dicha fase en idéntica proporción".

7.-Se excluya de la partida PASIVO recogida en el apartado "PASIVO. I). Débito a favor de Doña Adelina por importe de los impuestos sobre los bienes inmuebles de la herencia, y seguros que haya adelantado desde el fallecimiento del causante hasta la fecha en que se realice la partición a liquidar en dicha fase por mitad en aquellos que sean comunes y por entero si gravaren el bien privativo, debiendo incluirse los 2.000 euros que costó realizar la tasación del inmueble(esta última partida por entero al haberse suscitado la cuestión como consecuencia de la partición que ahora nos ocupa)".

- Por la Procuradora DOÑA BLANCA GUTIÉRREZ GARCÍA, en el nombre y representación de DON Bienvenido , se presentó escrito de apelación solicitando se revoque la sentencia de instancia en el concreto particular recurrido, dictando otra por la que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1.- Que se declare que el causante D. Joaquín falleció con vecindad civil común.

2.- Que se reconozca que D. Bienvenido acepta la herencia de su abuelo, Don Joaquín , a beneficio de inventario.

3.- Que se incluya en el ACTIVO del inventario un nuevo apartado, como crédito de la herencia contra Doña Almudena , por importe de 36.519,93.- euros, por las auto transferencias realizadas por ésta, de la cuenta del causante D. Joaquín en fechas 02-06-2000 y 05-06-2000, actualizándose dicha cantidad al momento en que se realice la partición y liquidación de la herencia.

4.- Que se incluya en el ACTIVO del inventario un nuevo apartado, como crédito de la herencia contra Doña Almudena y contra Doña Adelina , a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente de los respectivos inmuebles de Zaragoza, desde el fallecimiento del causante hasta que se realice la total partición de la herencia.

5.- Que se excluya del PASIVO del inventario la partida recogida en el apartado G).

6.- Que se excluya del PASIVO del inventario la partida recogida en el apartado H).

7.- Que se excluya del PASIVO del inventario la partida recogida en el apartado I).

-Por la Procuradora DOÑA RAQUEL DELGADO PUERTA, en el nombre y representación de DON Benigno , se interpone recurso de apelación solicitado se dicte sentencia por la que se revoque la resolución recurrida dictando otra por la que se contengan los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare que D. Benigno acepta la herencia a beneficio de inventario.

2.Se declare que el causante, D. Joaquín , tenía vecindad civil común.

3.Se incluya en el ACTIVO del caudal hereditario una nueva partida: "crédito de la herencia contra D.<sup>a</sup> Almudena por importe de 36.519,93 €".

4.Se incluya en el ACTIVO del caudal hereditario una nueva partida: "crédito de la herencia contra D.<sup>a</sup> Almudena y contra D.<sup>a</sup> Adelina , como fruto de dos bienes de la misma, a valorar en la fase de partición y reparto, por el uso exclusivo y excluyente de los respectivos inmuebles sitios en Zaragoza".

5.Se excluya del PASIVO del caudal hereditario el apartado G.



6. Se excluya del PASIVO del caudal hereditario el apartado H.

7. Se excluya del PASIVO del caudal hereditario el apartado I.

- Por el Procurador DON EMILIO PRADILLA CARRERAS, en el nombre y representación de DOÑA Adelina , se presentó escrito de oposición al recurso interpuesto por su hermana y al propio tiempo se impugnó la resolución, solicitando la exclusión de los puntos A y B del activo, y la revocación del punto G del pasivo declarando no haber lugar a débito a favor de D<sup>a</sup> Almudena , consecuencia de las obras realizadas en favor del bien común reseñado en el apartado c).

**SEGUNDO.-** Planteados los recursos en los términos que anteceden, se cuestiona por las representaciones de los nietos del causante, la determinación de la sentencia en cuanto a la vecindad civil del causante, que el Juzgador ha considerado aragonesa, solicitando la revocación de la sentencia en este punto y solicitando que se declare la vecindad civil común del causante.

El planteamiento de los recurrentes en este extremo podría resultar en cierto modo contradictorio a su oposición en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales del causante, indicando que no procede toda vez que la liquidación del régimen económico matrimonial del causante no es objeto del procedimiento, oponiéndose asimismo a la alegación relativa a la validez del testamento de 1996, sostenida de contrario. Por la representación procesal de Doña Almudena se solicita que se declare que la ejecución fiduciaria efectuada por Don Joaquín en su testamento del día 16 de abril de 1996 supuso la liquidación del consorcio matrimonial disuelto por fallecimiento de su esposa Doña Candida . Y es lo cierto que en la línea señalada por la representación de Doña Almudena , si partimos de la vecindad civil común y estando ante una sociedad de gananciales, el paso previo necesario a la fijación del inventario del causante habría de ser la disolución y liquidación de la comunidad postganancial, y faltando la misma no cabría atribuir por mitad los bienes comunes del matrimonio, por cuanto la participación de los cónyuges no es en la mitad de cada uno de los bienes que integran la sociedad, sino que se trata de una comunidad en la que cada uno ostenta el cincuenta por ciento de la totalidad. En la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos. Ambos son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. Esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa en este proceso, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Es decir, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad. Tras la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y hasta la liquidación del patrimonio, existe una comunidad universal en la que se integran los bienes que conformaban el patrimonio común ( art. 1396 CC ), en que son partícipes el viudo y los herederos del premuerto.

En esta línea la STS de 20 de mayo de 2020, señala: " *La previa liquidación de la sociedad de gananciales para fijar la masa hereditaria.*

*A lo anterior se añade en el caso del presente pleito el hecho de que una parte de los bienes que forman el caudal hereditario tienen carácter ganancial (incluyendo parte de los bienes legados). Por ello tiene razón el tribunal sentenciador cuando considera necesario proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales (devenida en comunidad postganancial tras su disolución por fallecimiento del causante) para determinar el caudal hereditario.*

*Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación, aquella cuota sobre aquella masa patrimonial, será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible.*

*Además, respecto de los legados de cosa ganancial, como dijimos en nuestra sentencia 21/2018, de 17 de enero , si bien el art. 1380 CC admite el legado de un bien ganancial en su integridad, por lo que no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial, sin embargo, la eficacia de estos legados dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, se limita a la mitad indivisa del bien si esa parte es adjudicada al causante en*



*copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge. Existiendo entre los bienes objeto de los legados ordenados por el causante a que se refieren estas actuaciones bienes que tenían carácter ganancial, concurre una razón adicional que impone la necesidad de realizar la liquidación previa de la sociedad de gananciales, tal y como acertadamente señala la sentencia recurrida".*

La Sentencia del T.S. de 14 de diciembre de 2005 establecía que "La estimación del motivo octavo de casación se funda en que esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos; y no sólo, como parece suponer la sentencia recurrida, cuando se registra la omisión de la participación en las operaciones particionales de alguno de los llamados a suceder por ser distintos los herederos en una y en otra operación sucesoria.

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

En esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de catorce de noviembre de dos mil dieciocho, señaló: "20. Del mismo modo, tal como hemos tenido ocasión de advertir en ocasiones anteriores, (cfr. autos de 25 de junio y 2 de octubre de 2008, sentencia de 22 de julio de 2009, entre otros), la división de los patrimonios hereditarios de los causantes casados en régimen de gananciales, requiere la previa liquidación del régimen económico matrimonial. Así lo ha sostenido la jurisprudencia en numerosas resoluciones. La STS 8 de junio de 1999, recogiendo la doctrina sentada, entre otras, en sentencias de 17 de abril de 1943, 14 de febrero de 1968 y 23 de octubre de 1997, declaró: "(...) la liquidación no supone solo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago ..., en definitiva, era obligada la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el perecimiento de estos motivos". La STS 2 de noviembre de 2005 considera nula una partición por el hecho de que "... por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaría, los divide como si de un patrimonio único se tratara, sin disolver el régimen económico matrimonial de los causantes, a fin de conocer los bienes...". Y la STS 14 de diciembre de 2005 insiste: "[l]a estimación del motivo octavo de casación se funda en que esta Sala tiene también declarado que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos; y no sólo, como parece suponer la sentencia recurrida, cuando se registra la omisión de la participación en las operaciones particionales de alguno de los llamados a suceder por ser distintos los herederos en una y en otra operación sucesoria." Finalmente, la STS 18.6.2012 sostiene que: "[c]uando 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 art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que entre 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 (art. 1392.1 CC), 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 ( SSTS 523/2004, de 10 junio ; 591/1998, de 19 junio , 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987 , entre otras). 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." Es cierto que esta sentencia admite la posibilidad de que no sea precisa la previa liquidación del patrimonio ganancial, pero ello cuando de las circunstancias concurrentes pueda determinarse el caudal relicto (en el caso de dicha resolución tan sólo existía un inmueble ganancial).

21. En su consecuencia, la liquidación de la sociedad de gananciales se configura como un presupuesto de la partición hereditaria, dada la especial naturaleza jurídica de dicha sociedad, que la doctrina y la jurisprudencia califican de tipo " germánico", en la que el derecho de los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la misma, de modo que, en la sociedad de gananciales, cada cónyuge no es dueño de una mitad de cada cosa o derecho, sino que ambos, conjuntamente, tienen la titularidad del patrimonio ganancial (activo y pasivo) que se repartirán entre sí (o, en su caso, con sus herederos) tras su disolución y liquidación ( art. 1344 CC ).

22. Lógica conclusión de lo dicho es que hasta que no se practique la liquidación de la sociedad de gananciales se desconoce qué bienes son adjudicados a uno o a otro cónyuge, y en consecuencia, si le pertenecen o no con carácter exclusivo y, por ende, si forman parte o no de su herencia. La situación, como se ve, es semejante a la que se produce sobre la herencia indivisa, donde cada heredero, mientras la partición no se realiza, no tiene un derecho concreto sobre ninguno de los bienes de la herencia."

Por tanto, la inclusión de bienes comunes en su mitad indivisa dentro del inventario de los bienes del causante, tendría sentido desde la vecindad civil aragonesa y desde la ejecución de la fiducia. El Juzgador en el fundamento de derecho cuarto in fine recogía en la fijación del activo respecto de los bienes A), B) y C), que el causante "transmite el pleno dominio de todas las fincas referidas por derecho propio y en virtud de la fiducia establecida por su esposa en el testamento mancomunado realizado conforme al Derecho aragonés que le autorizaba a disponer de la totalidad de los bienes como tuviera por conveniente por actos intervivos o mortis causa". Lo anterior, sin embargo, es objeto de aclaración en los términos del auto de 2 de julio de dos mil veinte, que suprime esta mención y establece haber lugar a la aclaración solicitada, acordando incluir en el activo solo la mitad de los inmuebles comunes, y estableciendo también en su mitad créditos y débitos. Se señala que la ejecución de la fiducia sobre la participación de la esposa no es sino un antecedente aclaratorio de la sentencia, pero no es objeto de la misma. Desde esta perspectiva lo cierto es que no cabe declarar la existencia de una liquidación de los bienes comunes ni establecer que se ha ejecutado la fiducia en los términos que se interesan, como pasaremos seguidamente a desarrollar, señalando no obstante con carácter previo que resulta significativo a los efectos de resolver el recurso, que los términos en que ha resultado fijado el inventario (únicamente respecto de la herencia de Don Joaquín , sin incluir la de D<sup>a</sup> Candida y respecto la mitad indivisa de bienes comunes), no ha sido objeto de recurso.

**TERCERO.-** Sentadas las anteriores premisas, señala el Juzgador que aun cuando el causante nació con vecindad común, consta que en 1965 se hallaba viviendo en Zaragoza, sin que se trasladase de nuevo a Molina de Aragón hasta finales de la década de los setenta, sin que lo anterior haya sido desvirtuado, estando a temporadas entre Zaragoza y Molina de Aragón, y por tanto, no puede establecerse que volviese a adquirir la vecindad común. Tales consideraciones, como decimos, no se desvirtúan por los recurrentes, ni lo desvirtúa el hecho de que una de las hijas reconociese que era "molinés", y esta vecindad fijada en la sentencia de instancia es la que se reconoce en los testamentos en los que se indica por el causante como domicilio una de las viviendas adquiridas en Zaragoza.

El art. 9 del Código Civil, ubicado en el Cap. IV establece en el número 1 que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El número 8 del precepto dispone que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes. Y el artículo 16 establece que 1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1.a Será ley personal la determinada por la vecindad civil.



2.a No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.

Los cónyuges estaban sujetos al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. Testaron en Aragón manifestando su vecindad aragonesa, y conforme a lo expuesto ha de entenderse que el causante falleció, al igual que su esposa, teniendo vecindad civil aragonesa, y por tanto será el derecho aragonés el que ha de regir en su sucesión.

Tomando en consideración lo anterior, sin embargo, el reconocimiento de la vecindad civil aragonesa del causante no puede suponer que se estime el primer punto del recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Almudena . Como más arriba se señalaba, no es objeto de recurso (tampoco se aduce la inadecuación de procedimiento por falta de liquidación de los bienes comunes) que el procedimiento debió y debe quedar referido a la sucesión en conjunto de los padres y abuelos de los intervinientes, dada la vinculación, ni tampoco se recurre expresamente que los bienes hayan sido considerados en su mitad indivisa en el inventario del padre y abuelo. Solicita - sin embargo- una declaración expresa sobre la liquidación de gananciales que como tal no consta, y aun cuando daría amparo a dicha posición jurídica, en la forma en que se plantea por la parte recurrente implica un pronunciamiento no solo sobre la distribución de los bienes comunes, sino especialmente sobre la herencia de D<sup>a</sup> Candida en tanto exige determinar si se ha ejecutado o no la fiducia, y en qué términos y cuál sería su alcance, pronunciamiento que requiere entrar en el análisis de su sucesión, excluida en el auto de aclaración, y que, en su consecuencia excedería del presente procedimiento, limitado como se señala de contrario a la fijación del inventario de la herencia de Don Joaquín . Tal pretensión de la parte recurrente parece contradecir también lo solicitado vía aclaración en tanto se insiste en que la validez y eficacia de la asignación fiduciaria de la esposa es algo ajeno a esta partición, señalando expresamente que este procedimiento judicial se refiere exclusivamente a la del padre, con independencia de la validez de los actos realizados por el padre en ejecución de la fiducia de su esposa que tendrán eficacia en la sucesión de ésta que no es objeto de estos autos, limitado por voluntad de los litigantes a la herencia del padre y abuelo. Se insiste asimismo por la representación de D<sup>a</sup> Almudena en el escrito de oposición a la apelación, que la herencia de la madre y abuela es totalmente ajena al procedimiento y que se haya resuelto o no, es ajeno a la Litis. Por tanto, no cabe completar la sentencia conforme a lo solicitado por la recurrente, pues el procedimiento ha de quedar limitado a la fijación de los bienes relictos del causante, aun cuando implícitamente el acuerdo en la liquidación de los bienes comunes por mitad pudiere resultar de los propios actos de las partes, como pasamos a exponer, y sin perjuicio por tanto de lo que pudiere resultar de la partición de la herencia de la abuela y madre. Podría plantearse si el pronunciamiento se hace necesario en la presente Litis aun con carácter prejudicial. Sin embargo en la forma en que ha quedado establecida la participación del causante en los bienes, extremo que no se recurre expresamente (incluso en el escrito solicitando aclaración se insistía que la atribución en un 100% suponía una incongruencia), no se hace necesario dicho pronunciamiento pues los obstáculos a los que apunta la parte han de ser resueltos bien por acuerdo de todos los herederos o bien en el procedimiento que corresponda en el que se resuelva sobre la documentación a formalizar y/o la sucesión de D<sup>a</sup> Candida .

Sentado lo anterior, y como hemos señalado, sería necesaria la previa liquidación de los bienes comunes para fijar el haber partible del causante, pero, como también se ha indicado y se reitera, en el caso que nos ocupa ninguno de los litigantes cuestiona en su recurso la atribución por mitad de los bienes a la herencia del causante, (lo que necesariamente habrá de suponer que el otro 50% se integre, en su momento, en el haber partible de la Sra. Candida ) debiendo recordar que en algunos supuestos puede no ser necesaria una previa liquidación de la comunidad ganancial, aunque limitados a aquéllos en los que los bienes de la partición de la herencia son escasos, perfectamente reconocibles e indubitada su ganancialidad , por lo que estos pasan directamente a considerarse como bienes partibles especialmente en aquellos supuestos de testamentos



otorgados por los padres a favor de los hijos, de contenido exacto y simultáneo en el tiempo. Y en el presente caso, debe estarse por tanto a la conformidad de los litigantes en cuanto a integrar el 50% de los bienes en el haber relicto del padre y abuelo, aun cuando se cuestionen la inclusión de determinadas partidas pero no su integración en el porcentaje indicado, pues debe también recordarse que conforme dispone el artículo 465 de la Lec, el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461, y que la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

En su consecuencia, el primer motivo de recurso formulado por D<sup>a</sup> Almudena no puede ser estimado, y debe desestimarse asimismo la pretensión de los apelantes, nietos del causante, en relación a la declaración de que el causante tenía vecindad civil común al tiempo de su fallecimiento.

**CUARTO.-** Se cuestiona por la recurrente Sra. Almudena la inclusión en el inventario de la mitad de los inmuebles de Zaragoza. Se aduce que se trata de legados de cosa cierta y que ya están inscritos en el Registro de la Propiedad, siendo innecesaria su inclusión en el activo. Como se ha señalado con anterioridad y en la línea señalada por la propia recurrente, se aborda en el presente supuesto la sucesión de D. Joaquín , y lo afirmado en este motivo de oposición, como también señalaba, pasaría por determinar si se ha ejercitado por D. Joaquín o no la fiducia y en qué términos y/o establecer la eficacia de las disposiciones de D<sup>a</sup> Candida que serían ajenas al presente procedimiento, atendido el tenor del fallo tras su aclaración. Estando por tanto ante la formación del inventario, es decir, ante la determinación del caudal relicto, sin perjuicio de lo que haya de resolverse en la fijación y atribución del caudal partible, procede mantener el fallo en los puntos A) y B), sin perjuicio, como decimos, de lo que proceda con posterioridad.

**QUINTO.-** Se cuestiona asimismo la inclusión en el activo un derecho de crédito por el aprovechamiento que implica su uso exclusivo por parte de las herederas que la sentencia reconoce en cuanto a D<sup>a</sup> Almudena por el uso exclusivo y excluyente del inmueble sito en la PLAZA000 de Molina de Aragón, que consta de local comercial, dos plantas y una cámara o desván, solicitando la representación de D<sup>a</sup> Almudena , su exclusión del inventario e interesando los nietos se haga extensivo este derecho de crédito frente a D<sup>a</sup> Almudena y D<sup>a</sup> Adelina por el uso exclusivo de los inmuebles sitios en Zaragoza.

Tras el fallecimiento del causante, surge una comunidad que se regirá por las disposiciones de los artículos 392 y ss, estableciendo el artículo 394 que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. En el presente caso, y como se ha venido señalando, el uso y disfrute de las vivienda sitas en Zaragoza, como señala la parte, responden a la existencia de los legados cuyo enjuiciamiento, se insiste, en la medida que exige pronunciarse sobre el ejercicio de la fiducia y sus términos (resolviendo por tanto si responde al segundo testamento, o si solo puede entenderse válido el tercero y en tal caso, si se ha de entender o no ejercitada en este último también la fiducia) excede del objeto del procedimiento, como se ha indicado anteriormente, y tampoco podemos establecer en orden a la fijación del inventario la existencia de un derecho de crédito respecto a la finca de Molina de Aragón que se remite en su cuantificación al juicio del contador partidor en tanto supone un pronunciamiento en un cauce sumario en el que nos encontramos de un importe cuya existencia y cuantificación exige un pronunciamiento adoptado en un proceso declarativo, previo ejercicio de las acciones que se estime oportunas y en el que se pueda analizar la concurrencia de los requisitos exigidos.

Como señala la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencia de 25 de junio de dos mil veintiuno: "*Resulta cierto conforme la sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 16-9-2010, seguida con reiteración por otras muchas, como la de 29-7-2013, que estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero (en tal sentido STS nº 501/2013, de 29-7-2013, rec. 970/2011 )*

*Pero el coheredero no es un tercero que posee indebidamente la finca, se trata de regular la situación de indivisión en la que la posesión está justificada por la sola cualidad de heredero, por ello no procede abonar ningún equivalente sino que la ley establece el abono de los frutos y rentas " que cada uno haya percibido", la prueba sobre cuales sean esos frutos y rentas efectivamente percibidos le corresponde a la parte que reclama, porque es un elemento constitutivo de su pretensión art 217.2 de la LEC de manera que si la demandada no ha arrendado las fincas no tiene que restituir renta porque no ha percibido renta alguna.*

**SAP** Badajoz nº 827/2020 de 13-11-2020 (rec 1076/2019, secc 2 ª) señala:



" Por lo demás, el hecho de que un comunero disfrute en exclusiva del bien no comporta necesariamente una indemnización. El artículo 1063 del Código civil dispone que los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia. Como puede observarse, los coherederos carecen de acción para reclamar a otro coheredero, que poseyó un inmueble del caudal relicto del causante, el importe de las rentas que pudieran haber obtenido, pues el mencionado artículo 1063 se refiere a los frutos y rentas percibidos y no a los que pudieran haberse percibido, sin perjuicio de la acción que compete a la comunidad para privar al coheredero de su posesión exclusiva sobre dicho inmueble. "

En tal sentido STS nº 840/1994 de 30-9-1994 (rec. 1209/1992 ).

Y en la STS n 666/2007 de 4-6-2007 (rec. 3250/2000 ):

"... no puede exigirse que se aporte al caudal relicto el importe de las rentas o frutos que se podrían haber percibido pero que no lo han sido, puesto que dichos "futuribles", "posibles" o "hipotéticos" frutos quedan al margen de lo dispuesto en el art. 1063 del Código Civil "

No hay percepción de renta alguna ni posible o hipotética percepción de renta tal y como se ha indicado, siendo por otro lado acreditado que ambos hermanos ya en vida del padre explotaban en igual forma las fincas y en ningún momento por este o la madre se les exigió cantidad alguna por la explotación de las fincas, que por otro lado estaban amparadas, en cuanto a la concreta producción de vino de la DOC Rioja por la titularidad de los hermanos de la explotación.

Por otra parte resulta cierto que se está ocupando fincas del finado pero como se ha indicado no existía renta fijada sino mera tolerancia ....."

Y como señala la **SAP** de Pontevedra "cada heredero ostenta facultades no solo sobre su propia cuota, sino también sobre la cosa común, con relación a la cual se distribuyen entre los comuneros las facultades que integran el derecho real cuya titularidad comparten, cuales son la posesión, el uso, la distribución de beneficios y cargas, la administración, conservación, alteración y disposición de la cosa común (cfr. STS 12 de noviembre de 2009 ).

El art. 394 CC contempla una de estas facultades reconocidas a los comuneros: la de usar la cosa común. A diferencia del art. 393 CC , que aborda el concurso de los partícipes en los beneficios y las cargas, el art. 394 no impone el criterio de la cuota para determinar el alcance de la facultad de uso de la cosa atribuido a cada uno de los copartícipes, sino que permite a todos utilizarla por igual, sean o no iguales las respectivas cuotas de propiedad, lo que no significa que la facultad de servirse de la cosa común de los comuneros sea idéntica que la del propietario exclusivo, ya que el propio art. 394 establece ciertos límites, que serán de aplicación a falta de acuerdo de los comuneros sobre el uso de la cosa: que el uso sea conforme al destino de la cosa y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarla según su derecho.

En otras palabras, los comuneros tienen la facultad de poseer conjuntamente la cosa común, es decir, de ser coposeedores de la misma; no tienen una posesión exclusiva, sino limitada por la concurrencia de los demás copropietarios.

A falta de pactos sobre la utilización de la cosa común y de acuerdo con el art. 394 CC , el uso es solidario: todos pueden usar la cosa sin ajustarse a la medida determinada por sus respectivas cuotas, en la medida que la naturaleza de la cosa común lo permita ( STS de 23 de marzo de 1991 ). Así, cada comunero puede hacer un uso de la cosa que exceda de su cuota y los demás no podrán oponerse por el supe hecho de que use más que ellos, salvo que el usuario vulnere un acuerdo de uso o haya sido requerido para que cese en el uso que se considera excesivo; sin acuerdo o requerimiento, el uso más allá de la cuota no constituye un uso ilícito, susceptible de fundar una responsabilidad por daños, ni un uso sin causa, que permita a los otros comuneros el ejercicio de una acción por enriquecimiento injustificado.

En suma, según ha declarado reiteradamente al jurisprudencia ( SSTS 7 de mayo y 8 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008 ), la facultad de servirse de la cosa común no tendrá que ajustarse al ámbito marcado por la cuota, pero sí está sometida a los límites impuestos por el art. 394 CC , que obligan a usarla:

a) Conforme a su destino; el destino de la coa será el fijado por la finalidad económica a que los comuneros la hayan destinado y, en ausencia de acuerdo, el destino será el que derive de la propia naturaleza del bien o de los usos del tráfico (cfr. STS de 12 de noviembre de 2009 ).

b) De manera que no perjudique el interés de la comunidad: por interés de la comunidad se entiende el del conjunto de los comuneros, y, si no existiera un interés común a todos ellos, el interés de la mayoría de los partícipes, según se desprende del art. 398 CC .



c) Sin impedir a los demás copartícipes utilizarla según su derecho: deberá respetar la facultad de uso de los demás comuneros.

La vulneración de estos límites convierte el uso en ilegítimo y el resto de comuneros podrán ejercitar frente al infractor las acciones judiciales pertinentes, tanto las posesorias ( STS de 12 de noviembre de 2009 ), como la de desahucio por precario ( STS 16 de septiembre de 2010 ), la declarativa de dominio o la reivindicatoria.

En esta línea, la STS 287/2008, de 8 de mayo , recordaba:

<En consonancia con ello, esta Sala ha admitido la facultad legal de cada coheredero de servirse de las cosas comunes (28 de noviembre de 2007, rec. 3613/2000), pero ha precisado que la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás, es ilegítimo ( SSTS 18 de febrero de 1987 , 7 de mayo de 2007 ).

La facultad de uso que corresponde a los condóminos está además sujeta a las limitaciones derivadas del artículo 397 CC , el cual dispone que ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos. Las alteraciones materiales a que se refiere esta norma son aquellos actos que afectan a la sustancia de la cosa o modifican su destino, pues para los actos que van más allá de la administración y suponen una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad es precisa la unanimidad de todos los codueños (7 de mayo de 2007). Sólo son admisibles como válidos y eficaces los actos particulares de los comuneros, si no consta el asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en claro provecho de la comunidad, pero no en el caso contrario, como en el supuesto de arrendamiento o enajenación de la cosa ( SSTS 14 de diciembre de 1973 , 13 de noviembre de 2001 ).>"

8.- En el caso que nos ocupa, la revisión de la prueba practicada permite afirmar:

1º Los causantes, D. Clemente y Dña. María Inmaculada , residían en una vivienda de su propiedad, sita en la calle DIRECCION000 n.º NUM002, bloque NUM001, NUM000, de la ciudad de Pontevedra, en unión de su hija Dña. Alicia .

2º Tras el fallecimiento de sus progenitores (años 2003 y 2008), Dña. Alicia continuó viviendo en el mencionado domicilio, donde permanece en la actualidad.

3º En fecha 06/10/2009, Dña. Alicia requirió a su hermano para proceder a la partición de la herencia, a lo que este último contestó a medio de burofax de fecha 20/10/2009, en el que, entre otras consideraciones sobre la situación existente y la propuesta recibida, indicaba:

" (...)aprovecho para requerirte al objeto de que repongas en esta cuenta de la Comunidad de Herederos que venimos tratando, aquellos importes que retiraste de la cuenta (...9 y de los que, por ende, te has apropiado indebidamente, puesto que entonces seré yo el que, desgraciadamente, tendré que ejercitar las acciones legales oportunas.

Y, además, en esta cuenta se podrán ingresar las cantidades que correspondan por el uso y disfrute en exclusiva que estás llevando a cabo del piso NUM000, plaza de garaje y trastero del número NUM002 de la Calle DIRECCION000 de Pontevedra. "

4º En fecha 29/06/2010, a instancia de Dña. Alicia , se celebró un acto de conciliación con su hermano, que terminó sin avenencia y en el que por el abogado del conciliado se presentó un escrito en el que, entre otros extremos, se requería a Dña. Alicia ,

" por un lado, para que facilite a mi cliente una copia de las llaves del piso NUM000 y del trastero número NUM018 del Edificio número NUM002 de la Calle DIRECCION000 de Pontevedra, así como de las zonas comunes, incluidas las que permiten el acceso a la plaza de garaje número NUM019; por otro lado, y para que cese en el uso y disfrute exclusivo que viene realizando de los meritados piso, trastero y plaza de garaje, al pertenecer estos inmuebles a la comunidad hereditaria... "

5º Con fecha 05/06/2017, D. Clemente remitió a su hermana un nuevo burofax en el que, como miembro de la Comunidad de herederos de sus padres,

" te requiero para que me facilites un juego de llaves para poder acceder a la vivienda, plaza de garaje y trastero del nº NUM002 de C/ DIRECCION000, cuyo uso estás llevando a cabo de manera exclusiva y excluyente en perjuicio de la Comunidad de herederos. "

9.- En otras palabras, desde al menos el mes de octubre de 2010, Dña. Alicia viene poseyendo la vivienda y sus anexos de manera exclusiva y excluyente, impidiendo su utilización por su hermano y coheredero, es decir, usa la finca en su exclusivo provecho y sin rendir cuentas de su utilización, lo que puede constituir una actuación



*ilegítima susceptible de generar un crédito a favor de la comunidad postganancial, ya sea porque se entienda que supone un enriquecimiento exclusivo injusto, ya porque entraña un perjuicio para los demás coherederos, a los que se priva del uso del bien (véase en la misma línea, la sentencia de esta Sala n.º 51/2016, de 21 de enero).*

*10.- Sin embargo, la conclusión apuntada excede ampliamente del objeto del presente procedimiento, limitado a la formación de inventario del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales formada por D. Indalecio y Dña. María Inmaculada, y en el que no es posible entrar a analizar eventuales derechos de crédito cuya existencia y cuantificación exige un pronunciamiento expreso, adoptado en un proceso declarativo, previo ejercicio de las acciones que se estime oportunas y en el que se pueda analizar la concurrencia de los requisitos exigidos.*

*11.- Por tanto, el motivo no puede ser estimado, pero no porque se rechace de plano el derecho de crédito que se invoca, sino porque su discusión queda extramuros del cauce sumario en el que nos encontramos, sin que proceda prejuzgar en este trámite su procedencia e importe."*

Señala asimismo la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, en sentencia de fecha cuatro de junio de dos mil veintiuno, que la Audiencia Provincial de la Rioja, en sentencia de fecha veinticinco de junio de dos mil veintiuno, que "El recurso de apelación no asienta su pretensión en la infracción de precepto legal que sea de aplicación al caso. La norma del artículo 1063 del Código civil, aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales por virtud de la remisión del artículo 1410 del CC, y que mencionamos por razón de su relativa cercanía, solo contempla el abono recíproco de frutos y rentas percibidos, junto con las impensas útiles y necesarias hechas en los bienes hereditarios, y los daños ocasionados por malicia o negligencia. El remedio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la comunidad para atajar, en beneficio de ésta, el uso exclusivo y excluyente de bienes comunes, es la acción de desahucio por precario, que la jurisprudencia admite en los casos de indivisión (desde la STS de Pleno 547/2010, de 16 de septiembre), bajo la lógica premisa de que el coheredero poseedor ha sido requerido por quienes aspiran a compartir el uso según su participación, y que no esté amparado por un título que le autorice a poseerlo en exclusiva, pues en otro caso no se encontraría en situación de precario ni podría prosperar la acción de desahucio. Acaso sea igualmente procedente una acción de enriquecimiento injusto a partir del momento en que la poseedora tiene constancia de la oposición de los demás condóminos y es requerida para que permita un uso compartido del vehículo, pero se trata sin duda de una controversia que excede del ámbito propio del procedimiento judicial de división de patrimonios y que habrá de debatirse en el juicio declarativo correspondiente."

En atención a lo expuesto debe quedar excluida la partida F) del activo y no cabe incluir las solicitadas al respecto por los nietos del causante frente a Dª Almudena y Dª Adelina.

**SEXTO.-** Se cuestiona asimismo la procedencia de inclusión de los importes invertidos en las reparaciones de la finca sita en Molina de Aragón. Al mismo tiempo se solicita la inclusión dentro del activo de un crédito frente a Dª Almudena por importe de 36.519'93 euros que respondería a dos transferencias desde la cuenta corriente por importe de 17.888'55 euros, y 18.631'38 euros, conforme a la documentación que se presenta en el acto de la vista por la representación de Dª Adelina.

Comenzando por este último punto, debe señalarse en primer lugar que los importes no fueron llevados al acta de formación de inventario, conociéndose únicamente por razón de la documental que se aporta por la hija del causante en el acto de la vista, siendo descartada su inclusión por el Juez, como indica en dicho acto, debiendo compartirse que su inclusión a raíz de la prueba practicada no permite una adecuada defensa de la parte frente a que se interesa la inclusión de una deuda por tales importes que, además, debe reseñarse asimismo que fueron transferidos en vida del causante, por lo que no procede la inclusión en este momento, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, y sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en el procedimiento correspondiente, sin poder obviar tampoco, a mayor abundamiento y como señala la parte apelada, la regulación de la colación en el derecho aragonés.

En cuanto al crédito reconocido a favor de Dª Almudena a consecuencia de obras realizadas en el inmueble sito en la PLAZA000 de Molina de Aragón, reclama la recurrente que sean incluidas asimismo el pago de las ventanas, de la instalación de calefacción y honorarios de aparejador, actas de presencia y posteriores obras también de fontanería, calefacción y carpintería.

Como pasamos a desarrollar el motivo de recurso no puede ser estimado, y por el contrario, deben estimarse los planteados de contrario y excluir del pasivo el crédito reconocido a su favor como punto G) del pasivo, salvo en el importe de 1080'53 euros.

Como viene a señalar el Juzgador, son mejoras realizadas para la habitabilidad de la vivienda ocupada por Dª Almudena, y también, además de reparar cubierta y fachada, se acondiciona el bajo cubierta como vivienda, mejoras que respondieron en su momento al interés de la heredera, compartiendo la Sala los argumentos al respecto de la Sentencia respecto a su amortización, a lo que debe añadirse, estimando con ello el recurso



formulado frente a la también apelante, que en relación a las reparaciones realizadas y para las que se pidió autorización a la entonces tutora, se comprometió a su abono como aduce y acredita la representación de D<sup>a</sup> Adelina , no pudiendo ir contra sus propios actos, a lo que debemos añadir también que se trató, además, de un gasto realizado en vida del causante.

En el informe pericial se recoge que los trabajos de fontanería calefacción y acondicionamiento fueron principalmente en la planta segunda y bajo cubierta, para dotar al edificio de unas condiciones de confort en el interior de sus dependencias, puesto que dichaz estancias son la vivienda habitual de la Sra. Almudena .

Y en cuanto a la alegación de la parte en su escrito de oposición, y según se recoge en la STS de fecha 20 de octubre de 2020, " El art. 1063 CC permite a un coheredero que haya poseído bienes de la herencia, por tanto una vez causada esta, exigir que la liquidación de las situaciones posesorias anteriores a la partición se lleve a cabo mediante la inclusión en el inventario de las partidas que se mencionan (rentas y frutos de los bienes hereditarios percibidos por cada uno de los coherederos, así como las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos bienes). La liquidación de los gastos efectuados en los bienes hereditarios, después de la apertura de la sucesión, es posible en sede de operaciones particionales, tal y como recuerdan las sentencias de esta sala 499/2010, de 19 julio , y las sentencias de 25 de julio de 2002 y de 25 de mayo de 1992 ).

*En el caso, no estamos ante gastos efectuados en un bien hereditario, sino ante la reclamación de un crédito nacido antes del fallecimiento de la madre, por gastos e inversiones efectuados por una de las hijas en un bien propiedad de su madre. El hecho de que ese bien siguiera perteneciendo a la madre en el momento de su fallecimiento y que, en consecuencia, se integrara en el activo de su herencia, no convierte a los gastos hechos en ese bien con anterioridad al fallecimiento en gastos en un bien hereditario en el sentido del art. 1063 CC .*

Tampoco cabe establecer como deuda la existencia de obras de acondicionamiento de la vivienda en lo que el Juzgador ha denominado tercera fase, cuyas facturas en su mayoría son anteriores incluso al fallecimiento del causante, y permiten inferir que las obras se iniciaron también en vida del causante, y cuya necesidad para la conservación de la cosa no puede establecerse a la vista de las facturas aportadas (difícilmente cabe integrar en dicho concepto la adecuación del bajo cubierta o elementos para la confortabilidad de la vivienda). Tomando en consideración lo hasta ahora expuesto, como adelantábamos, se estima razonable lo señalado por el Juzgador en cuanto a la amortización de dichas obras.

A mayor abundamiento, citaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección novena, de veintinueve de dos mil veintiuno, en un supuesto en el que uno de los herederos ocupó una vivienda integrada en el caudal hereditario sobre la cual efectuó unas obras de mejora y solicita que su importe constituya un crédito de aquel frente a la masa hereditaria. La sentencia del Juzgado estima dicho elemento en el pasivo de la herencia y la Audiencia Provincial revoca y excluye dicha partida, y señala: "*Efectivamente, como dijera la STS 910/2008 de 2 de octubre "el análisis del caso particular se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la citada sentencia. A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes...."*

*En el caso enjuiciado los herederos que solicitan la partida discutida no han demostrado que el uso que realizara su causante fuera otro distinto del genérico y propio de vivienda para él y su familia, y además sin estar fijado un tiempo determinado, lo que excluye la pretendida figura del comodato y amerita únicamente que se trataba de un mero precarista.*

*Partiendo de dicha condición, el heredero fallecido no puede ser considerado poseedor de buena fe a los efectos indemnizatorios pretendidos, tal y como dijéramos en nuestra sentencia 536/2018 de 26 de noviembre : "la condición de precarista de las fincas propiedad de la demandada no permite conferir al demandante la consideración de poseedor de buena fe, negándole por ello toda legitimación para reclamar el resarcimiento de los gastos útiles. En este sentido, la STS. de 7 de marzo de 2018 declara: " Decisión de la sala. 1 .- Para la adecuada inteligencia de la decisión del recurso conviene hacer dos precisiones: (i) A lo que se contrae el debate, en lo acotado en el recurso, es solo y exclusivamente a sí, estimándose la condición de precarista de la demandada, ésta tiene derecho de retención sobre el inmueble, conforme al art. 453 C.C . Por tanto, no se trata*



de reclamar y cuantificar los gastos, necesarios o útiles, invertidos en el inmueble poseído. (...) 2.- Consecuencia de lo expuesto es que adquiere relevancia las sentencias de la sala citadas por la parte recurrente.

La sentencia de 17 de mayo de 1948 afirma que "[...] como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al art. 433, al que ignora que su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio..."

La sentencia de 9 de julio de 1984 afirma, en sintonía con la anterior, que "el derecho de retención requiere para su ejercicio, con la finalidad y eficacia que previene el artículo 453 del CC, que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho, quien las efectúe posea la cosa en que se haga con título suficiente y buena fe. El derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo, no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio...". 3.- Con fundamento en la doctrina de la sala antes citada, se vienen pronunciando nuestros tribunales de forma casi unánime, en el sentido de que el derecho de retención en atención a los gastos realizados en la cosa poseída en precario no puede considerarse -conforme al artículo 453 del Código Civil- como título suficiente a efectos de evitar el desahucio por precario, porque dicho título no se confiere al mero poseedor de una finca que ha perdido su título, sino que solo se reconoce al que posee de buena fe y con título.

Siendo esto lo que afirma la jurisprudencia, diciendo que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título, y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio".

Al no ser poseedor de buena fe el citado precarista, debe rechazarse la pretensión ejercitada por los repetidos herederos demandados ex art. 362 del CCivil, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 364, pues aquéllos no han intentado siquiera acreditar que las obras realizadas en el interior de la vivienda poseída fueran conocidas por los dueños de la misma".

En su consecuencia, solo cabe establecer como crédito a reclamar la cuantía del arreglo relativo a la sustitución de canalón y bajante posterior al fallecimiento del causante por importe de 1080'53 euros.

**SEPTIMO.-** En cuanto a la aceptación a beneficio de inventario, señalar que, aun cuando partiendo de la vecindad aragonesa carezca de relevancia, debe señalarse que tampoco se trata de una declaración que deba hacerse en el marco de un incidente que responde a la falta de acuerdo entre los herederos en cuanto a la fijación del caudal relicto.

**OCTAVO.-** Finalmente y con respecto a los puntos H) e I) del suplico, y de conformidad con lo interesado por las herederas, deben quedar limitados a los que se correspondan con el inmueble de Molina de Aragón sito en la PLAZA000 y respecto al solar sito en el CAMINO000, excluyendo no obstante los importes reclamados por los seguros cuya póliza no consta, y que impide determinar si el seguro se concertó en interés de la masa hereditaria.

**NOVENO.-** Dada la estimación parcial de los recursos en los términos que anteceden no se hace especial pronunciamiento en materia de costas en la alzada - artículo 398 del Código Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que con estimación parcial de los recursos de apelación, debemos modificar y modificamos el inventario en el sentido de excluir el punto F) del activo, limitar el punto G) del pasivo al importe de 1080'53 euros, y limitar los puntos H) y D) a los importes que por impuestos sobre bienes inmuebles se correspondan con las fincas del apartado C) y D) del activo. No se hace especial pronunciamiento en materia de costas de la alzada.

Restitúyase a los apelantes el depósito constituido en su caso, en la instancia, para la interposición del recurso.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC, en relación con la disposición final decimosexta, o 477.2.3 del mismo cuerpo legal. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala.



Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito en el número de cuenta **1807-0000-12-0646-20 del Banco Santander**.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ