

# CONCURRENCIA DE LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN HEREDITARIA DE LA HERENCIA DE LOS PADRES

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO  
*Magistrado*

**Palabras clave:** sociedad de gananciales, liquidación, partición de herencia, adjudicación hereditaria.

## ENUNCIADO

Los hijos de progenitores casados en régimen de gananciales o de derecho común, que fallecieron hace tiempo sin haber efectuado liquidación de dicha sociedad de gananciales, efectúan una consulta a un bufete de abogados encargado de este tipo de asuntos, sobre la conveniencia de efectuar todas las operaciones liquidatorias y particionales al mismo tiempo, tanto en cuanto a los gananciales como a los bienes hereditarios resultantes de la previa liquidación de gananciales.

Se estimaba, en el dictamen previo solicitado al referido despacho de abogados, que sería preciso constatar la liquidación de la sociedad de gananciales de los padres premuertos de forma sucesiva, para, a continuación y una vez practicada dicha atribución derivada de bienes concretos, proceder a otorgar una segunda escritura pública de división y adjudicación de los bienes de la herencia de cada uno de los padres, tanto si hubiera bienes privativos como si solo fueran gananciales los resultantes.

Se plantean diversas hipótesis en el citado dictamen interesado que han de ser solventadas con la propia respuesta motivada que se de a las cuestiones propuestas, debiendo considerarse la posibilidad de efectuar todas las operaciones, tanto las de liquidación y adjudicación de gananciales de cada cónyuge como las derivadas de división y adjudicación hereditaria.

## CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Resulta exigible la previa existencia de la liquidación de gananciales, una vez disuelta por fallecimiento de ambos progenitores la sociedad legal de gananciales existente con anterioridad?

2. ¿Cuáles son los problemas que puede plantear la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales y la conjunta de la herencia de ambos progenitores?
3. ¿Puede pedirse la entrega de un legado dejado en testamento otorgado por uno de los progenitores a un tercero?

## **SOLUCIÓN**

1. La necesidad de existencia de liquidación anterior de los bienes y derechos integrantes de una sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de los padres deriva de la necesidad de determinar los bienes correspondientes al haber en la liquidación correspondiente a cada uno de ellos con la finalidad de determinar la herencia de cada uno de ellos, integrándola, en su caso, con los bienes de carácter privativo que puedan existir de cada uno de ellos, si los hubiera.

Así, si se tratara del posterior inventario para la determinación del haber hereditario correspondiente a cada uno de los hijos comunes del matrimonio, existan o no disposiciones testamentarias de los progenitores, lo normal será que se realice la previa liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por su fallecimiento y, a continuación, las operaciones hereditarias correspondientes a la distribución del haber hereditario existente en cada una de las herencias que se contemplan.

En ese sentido, la jurisprudencia ha venido señalándolo así al indicar que. Aun cuando uno de los cónyuges de la extinta sociedad de gananciales sobreviva, es precisa dicha previa liquidación con su intervención, señalándose así que la nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1.051 y siguientes del Código Civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente. Tal como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998, el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece «que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante». Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante. Ya la Sentencia de 7 de diciembre de 1988, citada por la anterior, destacaba que «como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1.056 del Código Civil, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto». No puede decirse, como se pretende en el presente caso, que no había gananciales, cuando en la partición no ha intervenido ni sido oído el cónyuge superviviente y cuando, por lo menos, respecto a un inmueble la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que se compró con dinero ganancial.

De igual forma, se indica y hay que tener en cuenta que la aplicación de la doctrina de la igualdad en la aplicación de la ley (formulada por el TC a partir de la Sentencia 49/1982), que se alega como infringida en lo relativo a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, requiere, para su admisión, que el juzgador haya cambiado de forma arbitraria su criterio anterior en la interpretación de una determinada norma jurídica. Esto no se produce en el caso objeto del recurso, puesto que la sentencia recurrida ha aplicado de forma coherente la doctrina del litisconsorcio, excluyéndola cuando se trata de la acción de división de herencia, en la que no pueden ser demandadas personas distintas de los herederos y el cónyuge en el caso que se ejerza conjuntamente con la división de los gananciales, mientras que si se refiere a la discusión sobre la validez de los contratos otorgados durante la indivisión a favor de terceros, supuesto de la reconvenición implícita, debe demandarse a estos porque están interesados y por ello se rechazó la demanda reconvenicional. 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 solo, 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. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2005 considera nula una partición por el hecho de que la Sala «ha considerado correcta la partición hecha por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, a quienes no ha citado, sino que englobándolos todos ellos con los de la segunda, que es a la que se refiere el juicio de testamentaria, 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».

Se insiste también en la necesidad de practicar la previa liquidación de los gananciales ya que en el caso examinado resulta obvio que se produce aquella consecuencia indeseada, determinante, por ende, de la vulneración del principio de equidad en la correcta formación de los lotes y de la nulidad de la partición, habida cuenta de que el fallecimiento de la primera causante hacía obligado liquidar la sociedad de gananciales que mantenía con su esposo, posteriormente fallecido, así como calcular de manera separada las consecuencias derivadas de la designación de este como heredero en el tercio de libre disposición, para proceder a continuación a la partición del haber hereditario no adjudicado al esposo en virtud de dicha liquidación y, seguidamente, de manera separada, a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia –determinados con arreglo a las consecuencias ya conocidas de la liquidación de la sociedad conyugal y de la primera sucesión, en la que el esposo figuraba como heredero–. Al no haberse hecho así, y haberse adjudicado indiferenciadamente un tercio de todos los bienes de la primera y de la segunda herencia –como si fuera equivalente al tercio de libre disposición de la segunda herencia– al hijo mejorado en ésta en dicho tercio, se ha producido una alteración grave en la regularidad de las operaciones particionales, que se han realizado sin respetar debidamente la secuencia de una y otra sucesión hereditaria.

Además, se dijo, se ha partido en las operaciones divisorias de bienes de una comunidad hereditaria, si haber realizado la partición, haber liquidado la sociedad de gananciales y sin contar con uno de los miembros de tal sociedad conyugal, vivo a la sazón, y se da valor de gananciales a los bienes adquiridos como consecuencia de dicho documento. La Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1985 y las en ella citadas, así como Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ponen de relieve la exigencia de liquidar la sociedad de gananciales, del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo y con intervención de los herederos de la primera esposa del causante. No menos ha de desestimarse este motivo de recurso en cuanto se sostiene en que la liquidación de la sociedad de gananciales debía de haberse hecho en colaboración de los demás herederos con el cónyuge viudo y no, como se hizo, entre éste y el contador partidor pues es reiterada la jurisprudencia –Sentencias de 29 de febrero de 1906, 31 de enero de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943, entre otras– que dispone que la liquidación de la sociedad de gananciales ha de realizarse por el contador partidor en unión del viudo o viuda, y así lo sostiene la doctrina y así ha de mantenerse aquí en virtud de lo dispuesto en la cláusula quinta del testamento que nos ocupa.

Por otra parte, en algún caso, también se ha admitido la existencia de una intervención indirecta y la existencia de su consentimiento tácito del cónyuge viudo supérstite en la previa liquidación de los gananciales simultánea previa a la posterior partición hereditaria al señalar que si bien es cierto que una vez disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su disolución, que se comenzará por un inventario del activo y pasivo de la misma, artículo 1.396 del Código Civil, y que la liquidación es un proceso complejo hasta conseguir que los bienes que constituyen la liquidación se integren en otros patrimonios diferentes, lo que supone, en principio, la intervención del cónyuge supérstite, no lo es menos que en el caso concreto de autos, el contador-partidor don Francisco efectuó las operaciones particionales con base en el inventario de bienes confeccionado por la viuda respecto a los que quedaron al fallecer el causante y presentado a Hacienda, primero, y, después, en el juicio de testamentaría, al igual que es cierto que con arreglo a dicho inventario el contador practicó la liquidación de la extinta sociedad de gananciales, y dividió el haber resultante del modo expresado en el artículo 1.404 del Código Civil y a tenor de las cláusulas testamentarias. Todo ello permite entender que la referida liquidación no cabe calificarla cual un negocio jurídico unilateral en sentido estricto al estar fundamentado en su integridad en la relación de bienes que la viuda realizó y presentó, lo que significa que, por medio de tales actos, contribuyó y cooperó indirectamente, para de modo decisivo, en la operación liquidatoria de la sociedad de gananciales. No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la presentación inicial de la mentada relación tuviera una finalidad puramente fiscal, pues fue seguida de la tenida lugar en el juicio de testamentaría, y, desde luego, no es óbice, tampoco, para que la repetida relación de bienes deba ser estimada como inequívoca declaración o manifestación de voluntad de la viuda acerca del haber patrimonial a tener en cuenta en las futuras operaciones particionales, entre ellas, las de liquidación de la sociedad de gananciales. Las consideraciones que anteceden permiten entender, a su vez, que existió una implícita intervención de la viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales llevada a efecto por el contador-partidor, el cual, no cabe olvidar que fue nombrado por el testador y que la dicción del artículo 1.057 del Código Civil autoriza a equiparar la partición hecha por aquél a la realizada por el testado, y esto así, procede concluir que la partición cuestionada no perdió su validez y eficacia por la falta de intervención directa y explícita de doña María Cira en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que conduce, por tanto, a estimar que el Tribunal *a quo*

vino a infringir la doctrina jurisprudencial citada en el motivo del recurso acerca del consentimiento tácito y de los actos propios, y a casar, consecuentemente, la sentencia recurrida.

Ya respecto al fallecimiento de ambos padres sin practicarse la liquidación de gananciales de sus respectivos haberes, se dice que al tratarse en el presente supuesto de la partición de dos herencias distintas, aunque acumuladas en un solo juicio de testamentaria, la de doña María y la de su esposo, don José María (conocido por C.), fallecidos respectivamente, el 5 de marzo de 1963 y el 24 de marzo de 1973, con diferentes herederos y en distintas proporciones en cada una de ellas, pues en la primera lo son el viudo don José María (conocido por C.), en cuanto al tercio de libre disposición, y los tres hijos de dicho matrimonio (doña Manuela, don Antonio y doña Josefa), por partes iguales, en los dos tercios restantes, mientras que en la segunda lo son los tres aludidos hijos, en la proporción de dos tercios (mejora y libre disposición) para doña Manuela y el tercio de legítima estricta para los tres por partes iguales, aparece evidente que los bienes integrantes de la primera de dichas herencias, según el orden cronológico de los fallecimientos de los referidos causantes, debieron ser divididos entre sus herederos, con adjudicaciones concretas de los bienes de dicho caudal en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, en la forma que determina el artículo 1.061 del Código Civil, para seguidamente hacer lo propio con la herencia de don José María (conocido por C.), cuyo haber hereditario ha de estar integrado no solo por sus bienes propios o privativos y su mitad de gananciales, sino también por aquellos otros que se le debían haber adjudicado en pago de la parte que le correspondía (un tercio) en la herencia de su esposa. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida, que, en este punto concreto, ha considerado correcta la partición hecha por el contador dirimente, no obstante no haber realizado división alguna de bienes, ni adjudicación de los mismos, entre los herederos de la primera herencia, sino que englobando tales bienes con los de la segunda, y respetando, desde luego la partición hecha por don José María (conocido por C.) en su testamento, a que nos hemos referido en el fundamento anterior, los divide como si de un patrimonio único se tratara, aunque teniendo en cuenta las cuotas hereditarias, sumadas, que a cada hijo corresponden en cada una de dichas herencias, resulta patente que la referida Sentencia ha infringido el citado artículo, ya que al no haberse determinado cuáles son los bienes que debieron adjudicarse a don José María (conocido por C.) en pago de su cuota (un tercio) en la herencia de su esposa, pueden resultar perjudicados los derechos de doña Manuela (hoy sus hijos, los aquí recurrentes), a la que tales bienes le corresponden también en la proporción de dos tercios más una tercera parte del tercio restante, por lo que procede la estimación del motivo séptimo, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que los recurrentes han denunciado la infracción del citado artículo 1.061 del Código Civil. Que para valorar en sus justos términos esta apreciación que se acaba de transcribir en que el Tribunal *a quo* basa en esencia su decisión, es necesario partir del texto del citado artículo 1.418 en relación con el 1.409 ambos de nuestro primer Código sustantivo, el primero de los cuales ordena la formación del inventario una vez disuelta la sociedad de gananciales salvo en el caso entre los tres que señala de que disuelta dicha sociedad haya renunciado a sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges, mientras que el segundo contempla, expresamente el supuesto a que se refieren estas actuaciones correspondientes a otros tantos matrimonios, diciendo el legislador que «para determinar el capital de cada sociedad, se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios y en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades proporcionalmente al tiempo de su duración, y a los bienes de la propiedad de los respectivos cónyuges», preceptos ambos que en su aplicación

al caso concreto que es objeto de este recurso deben ponerse en relación con la cláusula segunda del tantas veces citado acto jurídico testamentario donde se dice por el testador que «los bienes de su caudal relicto a excepción del establecimiento mercantil que posee, tienen el carácter de bienes gananciales de su segundo matrimonio», es decir, que según la expresa declaración del testador, no existen gananciales de su primer matrimonio, sino exclusivamente del segundo, por lo que no es posible verificar el inventario preceptuado en el artículo 1.418 ni llevar a cabo la doble liquidación que en otro caso hubiese sido precisa de acuerdo con el 1.409 que necesitan como base de hecho la ineludible existencia de los bienes a que los mismos se refieren. Que la anterior declaración relativa a la existencia o no de bienes gananciales y su subsiguiente liquidación, es válida a todos los efectos legales en cuanto expresión concreta de la voluntad del testador que necesariamente tiene que regir con carácter general toda la problemática de la sucesión testamentaria según los principios generales inmutables vigentes en la materia de que se hace eco, tanto la legislación, en especial el artículo 675 del Código Civil –básico en todo lo relativo a la interpretación de los testamentos– como la doctrina de esta Sala y de los que es una simple aplicación al supuesto específico de la partición efectuada por el propio testador, como índice expresivo, de este poder de la voluntad individual en el regimiento de los actos realizados para después de la muerte del sujeto que los efectúa, el ya mencionado artículo 1.056 del mismo. Código que no pone otro límite a aquella soberanía que el derivado de la propia legalidad que la justifica, es decir, el respeto de los derechos de los herederos forzosos llamados también y precisamente por ello, legitimarios, no constando en el presente caso que esta verdadera ley particular de la sucesión y partición realizada, haya sido impugnada en debida y legal forma mediante la petición de nulidad del referido testamento en que se contiene, por lo que ha de reputarse válida a todos los efectos que aquí se discuten, prevaleciendo por encima de las particulares opiniones emitidas al respecto, ineficaces desde el punto de vista legal, como muy bien dijo la sentencia de juzgado de primera instancia.

2. Cuando se trate de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles, la regla expuesta de la necesidad de la previa liquidación de la sociedad de gananciales existente, extinta por el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges, rige con igual extensión en principio.

En ese sentido, la doctrina más reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha indicado que es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, ya que solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible. Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo, cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno se le adjudique en la liquidación.

No obstante, se aclara, hay casos en los que concurriendo todos los herederos de los causantes a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resultaría necesario, aunque el bien que se



pretenda inscribir aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a una u otra herencia, por cuanto los derechos vienen configurados en su naturaleza, contenido y extensión por el título material que los origina, lo que unido al ámbito de autonomía que se reconoce a la voluntad privada –art. 1.255 CC–, determina que para la correcta constatación en los libros registrales de las titularidades reales concurriendo varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, bastaría a efectos del principio de especialidad, con la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de los hijos y herederos, para que la titularidad global quede fielmente reflejada. En definitiva, concurriendo todos los herederos de los dos cónyuges premuertos, el acuerdo de los dichos herederos en la fijación de las titularidades y cuotas se fijen por ellos de común acuerdo sin que sea precisa dicha previa liquidación formal establecida, como hemos visto, como principio general.

Principio general que, igualmente, ratifica la doctrina de la Dirección General cuando de liquidación de los gananciales de uno de los progenitores premuerto se trata junto con la partición testamentaria en la que debe intervenir necesariamente el viudo y respetarse, en todo caso, la voluntad testamentaria. Así, se ha indicado que, entrando en el examen de la escritura de manifestación de herencia y adjudicaciones –verdadera cuestión de fondo de este recurso–, este ha de ser desestimado, toda vez que: a) La escritura ha sido otorgada, exclusivamente, por los albaceas que también son contadores-partidores (no procede que este Centro Directivo entre en consideraciones en torno a la fecha de otorgamiento –bastante más de dos años después de la fecha de fallecimiento del testador–, visto el plazo que éste había fijado en el testamento como duración del cargo), liquidándose la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge viudo, toda vez que la nota transcrita por el Notario en la copia solo hace referencia a que «mediante escritura por mí autorizada, el 21 de julio de 1995, con el número 2.332 de protocolo, doña María Luisa, ha aceptado la presente herencia. Doy fe»; expresión, por lo demás, bastante escueta, y que por sí sola no permite llegar a la conclusión de que dicha aceptante hubiera también aprobado las operaciones particionales y de liquidación de la sociedad de gananciales. Pues bien, como este Centro Directivo ha tenido ocasión de manifestar reiteradamente, es evidente que la partición de la herencia por el comisario no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador también queda sujeto. Así pues, el contador deberá efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con las disposiciones legales imperativas que han de regir la sucesión; se evitará así que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 763, 815, 817, 1.068 CC y 18 Ley Hipotecaria, así como la STS de 22 de octubre de 2002). Además, y visto que los otorgantes ostentan dualidad de funciones, las facultades legales del albacea contador partidor no rebasan la esfera interna de velar por el cumplimiento del testamento, entregar legados y partir el caudal relicto entre los interesados (cfr. arts. 902 y 1057 CC). En modo alguno, pues, ostentan la representación de la los herederos; menos aún la del cónyuge viudo, toda vez que para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, algo para lo que es imprescindible –y por supuesto en este caso también– el consentimiento de la viuda, pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. En resumen, que tal representación en modo alguno va inherente al cargo del albacea, al que no se le atribuyen mas facultades

que las legales, ni al contador-partidor, designado solo para efectuar la partición de los bienes, por lo que al no constar la aprobación –o ratificación– del cónyuge viudo a lo actuado (en especial a la liquidación de la sociedad de gananciales), el primer defecto de la nota ha de ser confirmado. b) Que, aparte del defecto anterior, la actuación de los albaceas contadores, se separa de unas líneas claramente prefijadas por el testador, por lo que se exigiría, para la validez el acuerdo unánime de los herederos (cfr. art. 1.059 CC), algo que claramente no consta (en el reducido marco de este recurso, y a tenor de los documentos calificados, no puede inferirse que tal aprobación se haya producido). Y es que, en el caso que nos ocupa, los albaceas contadores han traspasado el campo de lo particional para introducirse –dadas las adjudicaciones acordadas– en el campo de lo dispositivo, por lo que, al extralimitarse, necesitan la aprobación de todos los herederos. Del título sometido a calificación, solo resulta, en las notas transcritas en la copia, que el cónyuge viudo y uno de los herederos «han aceptado la presente herencia», expresión, como antes ya se puso de manifiesto, que no implica la aprobación –o ratificación– de las operaciones particionales y de liquidación de la sociedad conyugal que se contienen en el documento calificado. Por lo demás, ninguna constancia hay de la postura adoptada por los demás llamados a la herencia, algo imprescindible –cabría reiterar de nuevo– dado que las operaciones particionales formalizadas se apartan ostensiblemente de lo dispuesto por el causante en su testamento. Por lo expuesto, el segundo defecto de la nota de calificación también ha de ser confirmado.

3. Nos recuerda la doctrina jurisprudencial, en torno a la petición de entrega de legado que dejó uno de los progenitores en testamento a un tercero, aun estando pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria, que alegándose infracción por inaplicación del artículo 864 del Código Civil en relación con los artículos 806, 807.1.º y 808 del mismo Código. Se ataca la sentencia de instancia en cuanto declara que «es claro que el testador lega a su hija la nuda propiedad de la totalidad de la farmacia» por lo que «en la farmacia en cuestión ni es copropietaria ni coheredera la hoy apelante»; se está desconociendo así, dice el motivo, paladinamente los derechos legitimarios de la recurrente y la comunidad existente entre el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido sobre los bienes gananciales (entre los que está la farmacia), dado que no se ha liquidado la sociedad de gananciales. En primer término ha de señalarse que en este motivo así como en otros del recurso sigue manteniendo la concepción de la legítima que mantuvo y fundamentó su demanda al considerarla como *pars bonorum*, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; de ahí que afirme la recurrente como base de su pretensión que el testador no podía disponer de una tercera parte de la farmacia, correspondiente al tercio de legítima estricta, que, por ello, correspondía en plena propiedad por mitad a ella y a su hermana la recurrida. Por el contrario esta Sala acepta aquella tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* y así la Sentencia de 8 de mayo de 1989 dice que «la Sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro Ordenamiento, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales –arts. 829, 838, 840 y 1.056 del CC–»; esta calificación de la legítima como *pars hereditatis*, parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, no impide que el testador pueda disponer de alguno de los



bienes de la herencia en su totalidad a favor de un legitimario o de otra persona siempre que se respete la legítima de sus herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia.

El artículo 864 que se cita como infringido regulador del llamado legado de cosa ajena, es inaplicable a esta *litis*; de acuerdo con lo dicho sobre la naturaleza de la legítima, es claro que la recurrente no tenía una participación indivisa en la farmacia que impidiese al testador disponer de su totalidad a favor de su otra hija, por lo que no se da el supuesto contemplado en el artículo 864. Referido el legado a un bien ganancial, el precepto aplicable al mismo es el artículo 1.380 del Código Civil, según el cual «la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento», precepto que, introducido en aquel cuerpo legal por la Ley de 13 de mayo de 1981, fue tenido en cuenta, aunque no esté expresamente citado, por el testador al otorgar su última voluntad como se pone de manifiesto por la literalidad de la disposición D del testamento transcrita en lo necesario en el primer fundamento de esta resolución.

Por otra parte, es de observar un cambio importante en la postura jurídica de la recurrente que en su escrito de demanda da por bien hecha la liquidación del bien ganancial que constituye la farmacia fundada su pretensión, como se ha dicho, en su carácter de copropietaria de una mitad indivisa del tercio de la legítima estricta extraído de la mitad de la farmacia correspondiente al testador sin que en ningún momento cuestione la validez de la compraventa, en el recurso alga la falta de liquidación de la sociedad de gananciales. El hecho de encontrarnos ante un legado de un bien ganancial regulado en el citado artículo 1.380 que hace inaplicable el artículo 864 y el de tratarse de un legado de cosa cierta y determinada en el que el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde el momento de la muerte del testador, impide reconocer a la recurrente cuota alguna indivisa en el concreto bien legado; la recurrente no adquirió ningún derecho sobre la nuda propiedad de la farmacia en cuestión, por lo que no puede reconocérsele legitimación activa para el ejercicio de las acciones de retracto de comuneros y de coherederos a que se contrae la demanda; todo ello sin perjuicio del resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales en cuanto afecte a la farmacia, teniendo siempre en cuenta la aplicación del artículo 1.380 del Código Civil antes citado. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

Lo antes dicho sobre la naturaleza del legado ganancial hace decaer el motivo tercero en que se alega infracción del artículo 885 del Código Civil en relación con los artículos 806, 807.1.º, 808 y 861 del mismo Cuerpo legal, insistiendo la recurrente en su no aceptable posición acerca de la naturaleza de la legítima aparte de que tal cuestión carece de trascendencia para la cuestión litigiosa en la que no se discute la legitimación de la compradora retraída sino la de la retrayente; asimismo, por lo dicho decaen los motivos cuarto (infracción del art. 806 en relación con los arts. 807.1.º y 808 CC), quinto (infracción del art. 1.344 en relación con los arts. 1.392.1.º, 85 y 1.396 del CC), sexto (infracción de los arts. 1.522 y 392 CC) y séptimo (infracción del art. 1.067 del repetido cuerpo legal), ya que todos insisten en la legitimación de la recurrente para el ejercicio de las mencionadas acciones de retracto y de la procedencia de éstas, con argumentos que no son sino reiteración de los que fundamentan los motivos procedentes y que han de rechazarse por lo antes razonado. En cuanto al motivo octavo, encaminado a acreditar que la adquisición por doña Felisa de los derechos sobre la farmacia que le vendió su madre, tiene carácter ganancial, ha de señalarse que esta Sala no puede entrar en su examen

ya que tal cuestión no fue resuelta por la sentencia recurrida al haber apreciado la falta de legitimación de la retrayente; solamente en el caso de haber sido admitido alguno de los motivos anteriores y haberse dado lugar a la casación pedida, esta Sala, como órgano de instancia y no de casación, vendría obligada a examinar tal requisito de las acciones ejercitadas.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 85, 392, 659, 675,763, 806, 807, 808, 815, 817, 829, 839, 840, 861, 864, 885, 902, 1.051, 1.056, 1.057, 1.059, 1.061, 1.067, 1.068, 1.255, 1.344, 1.380, 1.392, 1.396, 1.404, 1.409, 1.418 y 1.522.
- SSTs de 24 de febrero de 1968, 15 de diciembre de 1988, 26 de abril y 23 de octubre de 1997, 25 de febrero de 2000, 20 de febrero de 2002, 14 de diciembre de 2005 y 18 de mayo y 15 de junio de 2006.
- RDGRN de 23 de abril de 2005 y de 19 de noviembre de 2007.