



Roj: **SAP A 1744/2011 - ECLI: ES:APA:2011:1744**

Id Cendoj: **03065370092011100283**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **06/06/2011**

Nº de Recurso: **771/2010**

Nº de Resolución: **255/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL VALERO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

SENTENCIA Nº 255/11

Ilmos. Sres.:

Presidente : D. José Manuel Valero Diez

Magistrada: Doña Encarnación Caturla Juan

Magistrado: D. Domingo Salvatierra Ossorio

En la ciudad de Elche, a seis de junio de dos mil once.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Verbal nº 1982/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada D. Romualdo, habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr/a Castaño López y dirigida por el Letrado Sr/a. Zaragoza Gómez de Ramón, y como apelada la parte demandante doña Bernarda, representada por el Procurador Sr/a. Almansa Rodríguez y dirigida por el Letrado Sr/a. Martínez Camacho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 16/10/09 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Doña Bernarda y en su representación la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar Almansa Rodríguez, contra D. Romualdo representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Bautista Castaño López, debo declarar y declaro que forman parte del patrimonio del fallecido D. Eulio, con independencia de las valoraciones atribuidas a los bienes inmuebles o muebles, los siguientes:

Privativo:

- 1.- Inmueble sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Santa Pola.
- 2.- Inmueble sito en la CALLE001 núm. NUM001 Santa Pola.
- 3.- Mitad inmueble sito en CALLE002 núm. NUM002 de Alicante.
- 4.- Finca rústica sita en Partida de Valverde Bajo.

Ganancial:

- 1.- Inmueble sito en PLAZA000 núm. NUM003 de Santa Pola.
- 2.- Cam Dinero Premier Fiamm.



- 3.- C/c núm. NUM004 con saldo de 6.353.203 ptas.
- 4.- c/c núm. NUM005 con saldo de 497.957 ptas.
- 5.- c/c núm. NUM006 con saldo de 58.905.600 ptas.
- 6.- Vehículo volvo matrícula E-....-NZ .

Todo ello condenando al demandado al pago de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 771/10, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 12/5/11.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea por el presente recurso consiste en determinar la condición de bien ganancial o privativo del inmueble sito en la PLAZA000 número NUM003 de Santa Pola. La actora hoy apelada pidió en su solicitud de división de herencia la consideración de tal bien como ganancial, toda vez que así se inscribió la compraventa de la citada finca en la escritura otorgada ante notario el 31 de agosto de 1962, no habiéndose acreditado de contrario que el bien se abonara exclusivamente con dinero de la esposa del señor Romualdo , habiéndose inscrito la finca en el Registro de la Propiedad como ganancial. Añadió que la antigua casa que estaba construida sobre la finca de que se trata, fue derribada y sobre ella y con cargo a su sociedad legal de gananciales, fue construida por don Eulalio , un edificio de dos plantas, compuesto de planta baja, entresuelo y pisos, de donde resulta que la construcción tiene carácter ganancial.

La contraparte, interesó que se reconociera el carácter privativo de los mismos bienes por haber sido pagados exclusivamente por su madre doña Paloma , con dinero procedente de otros bienes privativos, en concreto de tres fincas de su propiedad. Añadió que si se inscribió con carácter ganancial fue porque el registrador no consideró acreditado el carácter privativo, dado que la mera manifestación de uno de los cónyuges no es suficiente para no inscribir como ganancial. En cuanto a la obra nueva, manifestó que no había constancia alguna de que se hiciera a costa de la sociedad de gananciales.

La resolución de instancia aplicando el vigente artículo 1355 del código civil a cuyo tenor: "podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.", atribuyó la condición de ganancial a la vivienda, partiendo de que el precio de la compraventa del inmueble se abonó con dinero producto de la venta de bienes privativos propiedad de la señora Paloma , pero en el momento de otorgar la escritura pública de compraventa se hizo constar el carácter ganancial del bien, refiriéndose en el Registro de la Propiedad con tal carácter. En cuanto a la obra nueva consideró que no existían pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de ganancialidad.

En orden a la resolución de la presente controversia, ha observarse, en primer lugar, que al tratarse de una adquisición de inmueble y posterior construcción realizada con anterioridad a la reforma que en esta materia produjo en el Código Civil la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se debe aplicar la normativa anterior a la misma, en este sentido, las SSTs de 4 de octubre de 1999, de 24 de julio de 1996 y de 8 febrero 1993, entre otras, como la STS de 10 de marzo de 1997 a cuyo tenor "En la fecha de la compra no regía el artículo que se denuncia inaplicado en el motivo, toda vez que fue introducido en el Código a medio de la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, por lo que la legislación aplicable al tiempo de la adquisición e integración del inmueble en el patrimonio ganancial, es la anterior a la reforma dicha (sentencias de 8-2-1993 y 20-6-1995) y concretamente el artículo 1396 (sobre bienes privativos, en relación al 1401 y 1408 -bienes gananciales-). Sucede así que, en realidad y atendiendo a la tesis mantenida en el desarrollo del primer motivo del recurso, los preceptos supuestamente infringidos serían los arts. 1396.4 y., 1401.1 del CC en la redacción vigente al producirse la adquisición de los cuyo carácter ganancial o privativo del esposo se discute en el litigio. Ahora bien, como nos enseña la STS de 24 de julio de 1996 "La vis atractiva de la ganancialidad de los bienes inspiradora del artículo 1407 y del actual art 1361, impone, la exigencia de una prueba -no sólo de indicios- suficiente, satisfactoria y convincente de la privatividad, debiendo resolverse las situaciones dudosas, como la presente, en favor de la naturaleza ganancial de los bienes.". En este mismo sentido insiste la STS de 10 de marzo de 1997 al afirmar también que "La jurisprudencia de esta Sala resulta uniforme y constante, en cuanto exige que para destruir a



efectos civiles y registrales la presunción de ganancialidad, ya que el precepto 1259 no lo prohíbe, es necesario que se haya practicado prueba satisfactoria y cumplida, acreditativa de que se trata de bien privativo (Ss. de 20-11-1991, 23-12-1992, 18-7-1994, 8-3-1996 y 2 y 24-7-1996), excluyéndose los meros indicios o las simples conjeturas (sentencia de 20-6-1995).".

Aclarada esta cuestión, nos recuerda también la STS de 1 de abril de 1978 que "se denuncia violación de los ordinales primero y segundo del 1.401 y de los párrafos primero y segundo del 1.404, ambos de nuestro primer Código sustantivo civil, por entender que los inmuebles relacionados en el hecho tercero de la demanda, más el aumento de valor de bienes que, con inversión de dinero ganancial, experimentaron al ser objeto de transformación, mejora, construcción de nuevas edificaciones, expensas útiles, así como la maquinaria agrícola y semovientes y demás bienes adquiridos constante matrimonio, tenía todo ello carácter ganancial; motivo que tampoco es susceptible de estimación, pues siendo cierto que «los frutos rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes... de los, bienes peculiares de cada uno de los cónyuges» son gananciales (número tercero del artículo 1.401 del Código), como igualmente lo es que las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges, así como los edificios construidos en suelo propio de uno de ellos, son también gananciales por supuesto que con los condicionamientos que impone el artículo 1.404, del mismo modo que el artículo 1.407 establece una presunción genérica de ganancialidad de todos los bienes del matrimonio, no es menos cierto, sin embargo, que esta presunción es simplemente de las llamadas «iuris tantum», que, consiguientemente, cede cuando se pruebe que los bienes pertenecen privativamente al marido o a la mujer según establece el indicado precepto, prueba que, caso de efectuarse, desvirtúa asimismo la normativa de los artículos 1.401 y 1.404.".

Pues bien, en la inscripción registral del inmueble discutido, literalmente se dice: "... dueño de ésta finca según adquisición anterior la vende a Paloma , sin profesión, asistida de su marido Eulalio , armador, ambos mayores de edad, y vecinos de Santa Pola, por precio de once mil doscientas cincuenta pesetas, que declara tener recibidas. D. Eulalio , asevera que el dinero pagado como precio pertenece privativamente a su esposa por proceder de la venta de una finca parafernala, extremo que no se justifica. Por tanto, Paloma , inscribe en esta finca su título de compra sin carácter parafernala. Así resulta de la escritura otorgada en Santa Pola el treina y uno de agosto... Elche a veintinueve de diciembre de 29 de Diciembre de mil novecientos sesenta y dos.".

En relación con estas manifestaciones de los cónyuges, en un principio imperaba la doctrina que a continuación expone la STS de 28 de octubre de 1965 al afirmar que "las presunciones que la Ley establece, dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio o de cualquiera de ellos, la presunción legal, arrojará, por entero, la carga de la prueba, sobre quien sostenga el carácter no ganancial de aquellos bienes, ya que se trata de una presunción de las llamadas "iuris tantum" al no prohibir la Ley, expresamente, que pueda ser destruida y por prueba en contrario, si bien ésta, ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales que, la justificación, se haga mediante la aportación de documentos fehacientes- que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, por parte de uno de los cónyuges, sin que baste por regla general y como dice la Sentencia de 7 de julio de 1933 el reconocimiento por el marido del Carácter dotal o parafernala de determinados bienes, lo que no es suficiente, por sí sólo, para destruir la presunción favorable a los gananciales, ante el peligro de que, por la sola voluntad de los interesados, queden alterados los derechos que al marido otorga la Ley en la sociedad conyugal y a ambos cónyuges o a sus herederos, a la disolución del matrimonio o se celebren contratos entre aquéllos o se disfracen donaciones que están prohibidas por la Ley. C) Que ello no quiere decir que, la manifestación hecha por el marido en una escritura de adquisición de bienes, a favor de la mujer, de que el precio satisfecho lo es con cargo al patrimonio exclusivo de aquélla, carezca de todo valor, pues, lo aseverado por el esposo, constituirá una confesión, realizada extrajudicialmente y, por tanto, conforme al artículo 1.239 del Código Civil integrará un hecho sujeto a da apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba y así, éstos, en cada casó concreto, determinarán el valor que deba darse a la misma.".

Posteriormente, sin embargo, modificó su doctrina en el sentido que propugna la STS de 30 de octubre de 1996 y las que cita: "En los motivos quinto y sexto se citan como infringidos los arts. 1.404 y 1-407 del C. Civil, en su redacción anterior a 1981, de cuyo conjunto se pueden establecer las siguientes conclusiones jurisprudencialesles: A) La declaración establecida en el párrafo 2º del indicado art. 1404, cuando señala que: "serán también gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca", tiene el carácter y la naturaleza de una presunción "iuris tantum", a menos que se pruebe de un modo concluyente que se hizo la edificación o mejora con dinero de uno solo de los cónyuges (sentencia 24-5-1932) B) Esta norma tiene carácter liquidatorio, aplicable cuando se liquida la sociedad, y depende del previo abono del valor del solar; C) las presunciones legales dispensan de toda prueba a los favorecidos con ellas, por lo que la contienda sobre la naturaleza de privativos o gananciales de los bienes del matrimonio, desplaza la carga de la prueba sobre aquel



que sostenga el carácter no ganancial de aquellos; pero pudiendo ser destruida esa presunción por prueba cumplida y satisfactoria en contrario, no siendo suficiente, por si solo, el reconocimiento por el marido del carácter parafernial de tales bienes para destruir la presunción; D) Esta doctrina mantenida tradicionalmente fue sensiblemente modificada a partir de la sentencia de 2 de febrero de 1951, seguida de otras, y como mas reciente la de 9 de Marzo de 1982, que de una manera radical cambian el sentido de la antigua norma, hasta que se produce la reforma de 1981, con la nueva redacción dada al art. 1324 del C. Civil y al art. 95-4º del reglamento Hipotecario; E) Esta nueva doctrina jurisprudencial, dictada interpretando la redacción que tenían los citados arts. 1404 y 1407 del antiguo texto legal, establecía: que la insuficiencia de la declaración o reconocimiento extrajudicial efectuado por el marido para destruir la presunción legal, cuando afirma en escritura pública que el precio de adquisición de un bien determinado pertenece en exclusiva a la esposa, no quiere decir que carezca en absoluto de valor, pues lo aseverado por el esposo constituirá, conforme al art. 1239 del C. Civil, un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, y estos en cada caso concreto podrán determinar el valor que deba darse a tal confesión; y si la impugnación se realiza por el propio marido, solo podrá efectuarse por simulación o falsedad en la declaración, pues en otro caso queda vinculado por la misma, y se operara una inversión de la carga de la prueba, que no podrá ya descansar en el simple mecanismo de la presunción establecida en el art. 1407, sino en la demostración cumplida del hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada; circunstancia que es de igual aplicación cuando la impugnación procede de los herederos del marido, a virtud de manifestaciones hechas por su causante.

La interpretación jurisprudencial establecida en su día, con referencia a aquellos preceptos hoy derogados, y la aplicación obligada del art. 3.1º del c. Civil, en relación con la existencia de la nueva legislación, obligan a entender decaídos los motivos 5º y 6º estudiados conjuntamente, puesto que los herederos abintestato de D. Jose Miguel no han logrado destruir el reconocimiento que su causante efectuó en documento notarial, afirmando que la edificación cuestionada tenia la naturaleza de bien parafernial."

También la Sentencia de 10 de noviembre de 1958, a cuyo tenor sólo se podrán impugnar los actos propios, cuando estén viciados por causas ajenas a su autor; con referencia a la atribución del carácter parafernial que debe darse a los bienes adquiridos por la mujer con dinero suyo, declaró esta Sala en su Sentencia de 24 de noviembre de 1905 que no puede negarse el carácter de parafernales a los bienes que la mujer adquirió con dinero procedente de otros del mismo carácter, que vendió, y de un préstamo por ella dotado con hipoteca de aquéllos, porque, de otra suerte, habría que entender que dicho dinero lo recibió por título lucrativo, y aun en este supuesto también sería suyo, según el número segundo del artículo 1.396, todo lo cual excluye la aplicación del número primero del 1.401 y el 1.407.

En este caso, la declaración de privación del dinero con el que se adquirió la finca, efectuada por D. Eulio , ni ha sido adecuadamente atacada en los términos antes expuestos, ni ha sido destruida por prueba en contrario, no sirviendo a estos efectos la inscripción registral con carácter ganancial, que solo es oponible frente a terceros, y no es más que la consecuencia obligada de la redacción existente en aquellas fechas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pues como recuerda la STS de 10 de diciembre de 1969 "...autorizada notarialmente y donde manifestó que el dinero entregado como precio -exactamente la cantidad de 25.000 pesetas- procedía de la venta que hizo estando soltero de unos títulos de la Deuda Pública de su exclusiva propiedad, manifestación consentida y acatada por su mujer que sin embargo no pudo tener constancia registral al no haberse podido demostrar fehacientemente en ese momento la procedencia referida, por lo que -de acuerdo -con lo establecido en la regla tercera del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario - fue inscrito como ganancial, calificativo que, dada la función propia del Registro de la Propiedad y de los principios que en su torno se construyeron podrá tener valor a los efectos y relaciones con terceras personas, pero no frente a las propias partes intervinientes según declaró la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -en especial en las sentencias de 13 de noviembre de 1917, 30 de junio de 1948 y. 2 de febrero de 1951 -".

SEGUNDO.- En cuanto a la nueva obra construida, concluye la sentencia apelada, con base en la prueba practicada, en que: efectivamente era ganancial el importe destinado a tales obras, pues procedía exclusivamente del trabajo del esposo, Sr. Bernarda , e incluso, como manifestó en el acto del juicio la propia actora, Doña Bernarda , podría proceder en parte del dinero producto de la venta de la casa de su abuela de La Roda. La propia actora manifestó en el acto del juicio que cuando los negocios de su padre dejaban de producir beneficios la obra se paralizaba durante un tiempo, reanudándose en el momento en que los negocios de su padre volvían a funcionar. Así lo confirmó doña Asunción Verdú Durá, nuera de Josefa, que manifestó conocer que los padres de su suegra compran la vivienda y, al cabo de un tiempo se fueron a vivir a otro sitio y fueron haciendo obras con el dinero que el abuelo ganaba como armador de embarcaciones y este hecho, si bien no resulta relevante al objeto de aceptar la existencia de una accesión invertida, pues no se darían los elementos necesarios para la concurrencia de esta figura, aunque sí para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1359 CC, sí lo es para determinar el carácter ganancial o privativo de la propiedad.



Esta valoración de la prueba y consecuente conclusión, fundada también en otras conductas del fallecido que evidencian la titularidad conjunta, pretende ser desvirtuada por la contraparte esencialmente con base en las ventas de ciertos inmuebles efectuadas por su madre, sin embargo, esta circunstancia no es suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de ganancialidad de las cantidades invertidas en la construcción de la obra durante el matrimonio, artículo 1407 del código civil en su anterior redacción, y la valoración de la prueba efectuada por la resolución de instancia, pues no consta cuál fue el destino de las cantidades adquiridas por la venta de dichas fincas, y tampoco obsta a esta conclusión la documentación fiscal acompañada. En consecuencia la inversión efectuada en la construcción de la nueva edificación fue con dinero ganancial.

Así las cosas, como la vivienda fue sin duda construida antes de entrar a regir la Ley 11/1981 de 13 de Mayo, la norma aplicable para determinar el carácter privativo o ganancial de tal vivienda es la del artículo 1404, párrafo segundo, del Código Civil en su antigua redacción y no la del art. 1359, en la redacción actual que le dio la mencionada Ley. Por tanto según aquella norma, la vivienda con su solar constituye un bien ganancial, sin perjuicio del derecho a ser indemnizado del valor del suelo.

Hoy en día la situación legislativa es drásticamente diferente, dado que el vigente art. 1359 del Código civil precisamente modificó la situación anterior a la reforma del Código Civil efectuada el 3 de mayo de 1981, para aplicar la regla general de la accesión de los edificios al suelo, sin perjuicio de reconocer el derecho de reembolso de la sociedad de gananciales cuando los edificios se construyen con dinero ganancial, e incluso de reconocer a favor de la comunidad ganancial el derecho de plusvalía del art. 1359-2º del CC. De este modo el art. 1359, párr.1.º, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten; precepto aquel, que, según había declarado la jurisprudencia a la que luego haremos referencia, era aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación. En efecto, el régimen incorporado a nuestro Código Civil después de la reforma de 1981, según el cual el carácter privativo o ganancial que el bien o el derecho tenía antes de la mejora se extiende a todo lo que por ella se le une o incorpora por vía de accesión, dejó sin efecto la antigua excepción al principio superficie solo cedit, según la cual, si sobre el suelo privativo de uno de los cónyuges se realizaban edificaciones a expensas del caudal común, la finca edificada se hacía ganancial (art. 1404 del CC. redacción antigua).

En cuanto a la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1982, al señalar que: "la edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema que venía resuelto por el art. 1404, párr.2.º, del C.Civ. -precepto aplicable al caso litigioso, por tratarse de situación creada con mucha anterioridad a la reforma de 13 mayo 1981- en el sentido de apartarse de las reglas de la accesión - S. de 6 noviembre 1973 - y reputar ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado al terreno, a diferencia de lo establecido para el nuevo régimen económico matrimonial, pues el art. 1359, párr.1.º, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten; precepto aquel, que, según había declarado la jurisprudencia, era aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación - S. de 18 diciembre 1954-".

La conclusión que puede obtenerse es que el juzgador de instancia no se equivoca al declarar que la vivienda objeto del proceso fue un edificio de nueva planta levantado, después de demoler la vieja construcción que existía sobre el solar, por el matrimonio, y tiene naturaleza ganancial por haberse construido con cargo a la sociedad de gananciales por la que se regía el mencionado matrimonio, aunque el suelo perteneciera a la mujer, Doña Paloma, pues no consta en las actuaciones que el importe de la obra fuese atendido con dinero perteneciente a la misma. A partir de esta conclusión fáctica que es incuestionable a tenor del resultado probatorio que hemos mencionado, la consecuencia jurídica que de ella se extrae, esto es el carácter ganancial de la vivienda, la establece el artículo 1.404.2 CC que es el aplicable al caso, tal y como nos lo enseña, entre otras, la citada STS de 14 de octubre de 1982.

Tampoco es aplicable al caso el artículo 1396.2 CC, también en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, que disponía que eran bienes propios de cada cónyuge los que adquirieran, durante el, por título lucrativo. Y ello es así, porque, si bien ello cabe predicarlo del solar con la vieja construcción, no así del edificio de nueva planta construido sobre el mismo previa demolición de la primera y con dinero ganancial, al que le es de aplicación el mencionado artículo 1404.2 CC en la redacción anterior a la reforma de 1981, por haberse creado la situación en época muy anterior a la misma.

Tampoco obsta a lo dicho, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1950, a la que, a su vez, se refiere la de 18 de octubre de 1996 del mismo Tribunal, pues contempla un supuesto de hecho diferente, en el



que sin duda se trata de la construcción de un edificio de nueva planta sobre un solar privativo de la esposa y no de obras de rehabilitación de la vieja edificación que sobre dicho solar existía, situación ésta última a la que si se refiere la sentencia aludida al mencionar "las mejoras realizadas con caudal común en un piso que tiene la cualidad de bien privativo de uno de los cónyuges", siendo de este supuesto de hecho del que parte la STS de 18 de octubre de 1996 disponiendo que "tal declaración es ajustada a lo dispuesto en el artículo 1404 del Cc., en su redacción anterior y al 1359 de la actual, así como a la S. de 25 de mayo de 1950, en cuanto establece que la realización de obras de importancia en una finca de propiedad privativa del marido, satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales y no a costa del marido propietario, genera un crédito en favor de aquella y no el nacimiento de una propiedad ganancial, es llano que ha de concretarse su cuantía al tiempo de la disolución de la sociedad...".

TERCERO.- Independientemente de lo antes expuesto, aun partiendo de la consideración de ganancial del inmueble discutido, como dice el recurrente, de mantenerse el carácter ganancial del mismo, la mitad de dicha finca pertenecería a su madre. Y como esto es así y, además, nos encontramos en un procedimiento de división de la herencia de don Eulalio, la consecuencia es que sólo cabe incluir dentro de los gananciales que le pertenecían, el 50% de la finca discutida, ya que el otro 50% pertenece a su segunda esposa, madre del recurrente, tal cual se ha efectuado en la sentencia de instancia.

Pero, con ser cierto todo lo anterior, no debe olvidarse que la legislación entonces vigente, representada por el repetido artículo 1404 del código civil, anuda a la consideración de ganancial del inmueble discutido, el derecho al abono del valor del suelo en los términos previstos por el citado precepto, lo que deberá tenerse en cuenta en las operaciones divisorias.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, aunque por motivos diferentes de los expuestos en la misma.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC, considerando el tribunal que existen dudas de hecho en cuanto al carácter ganancial o privativo de las cantidades aplicadas a la construcción de la nueva edificación, no se hace especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Romualdo, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche, de fecha 16 de octubre de 2009, que confirmamos. Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, que es firme, no cabe recurso alguno en esta vía jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.