



Roj: **STS 459/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:459**

Id Cendoj: **28079110012016100051**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2016**

Nº de Recurso: **2657/2013**

Nº de Resolución: **39/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2480/2013,**  
**STS 459/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 24 de septiembre de 2013, en el rollo 330/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 881/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Llanes.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador don Rafael Serrano Martínez, en nombre y representación de doña Julieta y otros.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la procuradora doña Carmen Palomares Quesada, en nombre y representación de doña Eulalia .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. El procurador de los Tribunales don José María Ceferino Palacio, interpuso demanda de procedimiento ordinario con acumulación de acciones de reconocimiento y declaración de derecho y de división de la cosa común contra doña Julieta , doña Valle , doña Elisenda y don Teofilo , suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«AL JUZGADO SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos de que se acompaña y copias de todo ello, por comparecido y parte al Procurador que suscribe en la representación de doña Eulalia , y por formulada demanda de Procedimiento Ordinario contra las personas anteriormente referenciadas, y, en su día, una vez tramitado por sus cauces el procedimiento se sirva dictar sentencia en la que con estimación de la misma se declare que:

1º. Que la sociedad de gananciales formada por los esposos doña Eulalia y don Alfonso , con fundamento en la figura de la accesión, es titular de un derecho de retención sobre la edificación construida en la parcela segregada de 617 m2 de la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes, sita dentro de la parcela catastral NUM001 .

2º Se declare extinguido los condominios ordinarios o copropiedad de la que la actora en unión de los demandados tiene sobre la finca segregada de la registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes, con la excepción de la vivienda y anejos edificadas por la sociedad de gananciales referenciada, así como el condominio del resto de la finca matriz y de las viviendas y sus anejos construidos en la misma, cuyas extinciones comunitarias se llevarán a efecto vendiendo las referidas fincas y edificaciones en pública subasta



con admisión de licitadores extraños, repartiendo entre ellos el precio en proporción a sus respectivas cuotas, a no ser que previamente convinieren en que se adjudique a alguno o algunos de ellos indemnizando a los demás, debiendo regularse la subasta, en primer lugar, por las normas especiales propuestas en el apartado C) del Fundamento Jurídico VI, y, en segundo lugar, por las normas generales establecidas en los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos preceptos se aplicarán como supletorios en todo lo no previsto en las normas especiales.

3º.- Se condene expresamente a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas procesales.»

2. El procurador de los Tribunales don Víctor García Tamés, en nombre y representación de doña Julieta, doña Valle, doña Elisenda y don Teofilo, contestaron a la demanda allanándose a la misma y suplicando al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que le acompañan, admita uno y otras, se me tenga por personado y parte en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas posteriores diligencias, y teniendo por contestada en tiempo y forma la demanda instada por Dña. Eulalia, y opuesta esta parte a la misma, previos los trámites que corresponden, se dicte en su día sentencia por la que se declare extinguido el condominio respecto de la finca registral NUM000 de la que son titulares la actora demás codemandados y se saque a subasta la citada finca con participación de terceros licitadores, y con su importe se devuelvan a la actora y a la sociedad de gananciales formada por su madre los plusvalores si existieren, generados en el precio de la subasta por las respectivas construcciones levantadas en la finca por sus sociedades de gananciales, cuyo importe se determinará mediante el avalúo y tasación que establecen los artículos 637, 638 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con desestimación de las demás peticiones de la demanda e imposición de las costas de la primera instancia a la actora lo demás que resulte procedente en Derecho.»

3. El Juzgado de Primera Instancia de Llanes dictó sentencia el 20 de enero de 2013 cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Ceferino Palacios, en nombre y representación de Dña Eulalia frente a Dña Julieta, Dña Valle, Dña Elisenda, Y D. Teofilo, declaro la extinción de la comunidad sobre la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes y de las viviendas y anejos construidas en la misma de las que son titulares la actora y los codemandados, mediante la venta de las referidas fincas y edificaciones en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con reparto del precio de la venta entre los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas;

Cada una de las partes abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

4. La representación procesal de doña Eulalia, solicitó la aclaración de la anterior resolución, denegándose dicha aclaración por Auto de 25 de febrero de 2013.

## **SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia**

1. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Julieta, cuya resolución correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 24 de septiembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Que con estimación parcial del recurso de apelación formulado por doña Eulalia, por sí y en beneficio de su sociedad de gananciales constituida con su esposo don Alfonso, contra la sentencia dictada en fecha veinte de enero de dos mil trece, por la Señora Juez del Juzgado de Primera Instancia de Llanes, en los autos en los que el presente rollo dimana, la que se revoca en el único extremo de declarar que la sociedad de gananciales de la apelante tiene derecho a retener las edificaciones construidas por la misma en la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes hasta que quien resulte ser propietario del terreno sobre el que aquélla se levantan ejercite la opción contenida en el art. 361 del CC.»

## **TERCERO. interposición y tramitación del recurso de casación.**

1. Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de Dña Julieta, Dña Valle, Dña Elisenda, Y D. Teofilo, con base en los siguientes motivos:

Primero. Se denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1344 y siguientes del Código Civil.

Segundo. Se denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil.



Tercero. Se denuncia infracción por aplicación indebida de los artículos 361 y 453 del Código Civil en relación con el artículo 989 del mismo Código, Civil, en relación con los artículos 1346, 361 y 453 del mismo Código.

2. La Sala dictó Auto el 9 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«1. ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de doña Julieta y otros contra la sentencia dictada, con fecha 24 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo, (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 330/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 881/2011 del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Llanes.»

3. Dado traslado a las partes, la representación procesal de doña Julieta, doña Valle, doña Elisenda y don Teofilo, formularon su oposición al recurso interpuesto de contrario.

4. No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 13 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1. La representación procesal de doña Eulalia promovió demanda de juicio ordinario, actuando en nombre propio y en beneficio de la sociedad de gananciales frente a su madre doña Julieta y sus tres hermanos, ejercitando la acción de división de cosa común respecto de la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes, pero pretendiendo que se declare en sentencia que la sociedad de gananciales, formada por ella y su esposo, es titular, con fundamento en la figura de la accesión, de un derecho de retención sobre la edificación construida en la parcela segregada de 617 m<sup>2</sup>.

2. Los demandados se allanaron a la acción de división pero en el buen entendimiento de que se extienda a toda la finca y a todas las edificaciones levantadas en ella, sin perjuicio del abono a la actora y a la sociedad de gananciales de la madre de los plusvalores, si existieren.

3. El Juzgado de Primera Instancia acogió esta última tesis por negar la existencia de la figura de la accesión invertida en obra hecha por un condominio en suelo común, por carecer del requisito de la ajeneidad respecto de la propiedad del suelo sobre el que construyó.

A juicio del Juzgado lo que hay es un incumplimiento por la actora del artículo 397 CC por edificar en una parte de la finca de la que es titular en una cuota indivisa.

4. Contra la anterior sentencia recurrió la representación procesal de la parte actora correspondiendo el conocimiento del recurso de apelación a la Sección número 5 de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 24 de septiembre de 2013 por la que revocaba la de primera instancia en el único extremo de declarar que la sociedad de gananciales del apelante tiene derecho a retener las edificaciones construidas por la misma en la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes hasta que quien resulte ser propietario del terreno sobre el que aquélla se levanta ejercite la opción prevista en el artículo 361 del CC.

5. El Tribunal de apelación considera probados los siguientes hechos:

(i) El Registro de la Propiedad no consigna la existencia de una segregación de la finca registral NUM000.

(ii) Dicha finca pertenecía a don Manuel y doña Inés, abuelos de la actora doña Eulalia.

(iii) La finca en cuestión fue adquirida a título sucesorio por los hijos de aquéllos, doña Julieta, doña Carolina y don Apolonio.

(iv) Doña Carolina falleció el 15 de junio de 2002, otorgando testamento en el que instituyó como herederos universales a partes iguales a sus hermanos don Apolonio y doña Julieta y a sus sobrinos, hijos de su hermana Julieta, llamados Valle, Elisenda, Eulalia y Teofilo.

(v) El 22 de octubre de 2004 se otorgó escritura de manifestación, participación y adjudicación de las herencias, y el 13 de enero de 2005 la actora doña Eulalia y su tío don Apolonio otorgaron escritura notarial de permuta, por la que aquélla adquiriría la parte de su tío en la finca registral objeto del litigio.

(vi) Como resultado del otorgamiento de las anteriores escrituras la actora tiene en la finca un porcentaje del 44,44%; su madre el 38,88% de la misma, y cada uno de los tres hermanos restantes del 5,55%.



(vii) Doña Julieta solicitó el 27 de junio de 2003 la segregación de una parte de la finca, siendo autorizada por el Ayuntamiento de Llanes el 30 de marzo de 2004, concediendo que la segregación alcance una zona de 617 m<sup>2</sup>, que es sobre la que construyó la sociedad de gananciales de la demandante.

(viii) La actora doña Eulalia solicitó el 14 de octubre de 2003 la licencia para la ejecución de la obra en cuestión, siéndole concedido el certificado final de obra en fecha 28 de diciembre de 2004.

(ix) Finalmente se pretendió el otorgamiento de la escritura de segregación, extinción parcial de la Comunidad de Propietarios y adjudicación, para lo que se fijó la fecha del 26 de diciembre de 2005.

Comparecieron la actora y su madre, actuando en nombre propio, y su padre de aquella don Teofilo como mandatario verbal de sus otros tres hijos.

En dicha escritura se acordaba segregar un trozo de terreno de 617 m<sup>2</sup> de la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes, con la descripción de la finca segregada y de la finca matriz, acordándose la extinción del condominio de la segregada, adjudicándosele en su totalidad a la actora y señalándose la cuota de todos los demás, incluida la actora, en el resto de la finca matriz.

(x) El otorgamiento de referida escritura pública no alcanzó buen fin por cuanto la comunera doña Elisenda no ratificó la intervención de su padre en la escritura notarial, siendo tal circunstancia el desencadenante de este litigio.

**6.** Partiendo de los anteriores hechos probados el Tribunal de la Audiencia desarrolla su motivación, haciendo las siguientes consideraciones:

(i) No ha existido segregación eficaz por requerir el consentimiento de todos los comuneros, sin que así haya sido, por no consentir doña Elisenda .

(ii) La Sociedad de gananciales, que es la que construye, es ajena a la copropiedad del terreno, de la que uno de sus cotitulares es la actora, si bien cuando se inició la obra la actora aún no era propietaria del terreno sobre el que se levanta la edificación; por lo que ésta se habría llevado por la sociedad de gananciales sobre suelo ajeno.

(iii) Entiende, pues, el Tribunal en la sentencia recurrida que la sociedad de gananciales es un tercero que construyó en terreno ajeno, por lo que se ha de estar a lo preceptuado en el artículo 361 del CC y accederse, en consecuencia, al derecho de retención de la sociedad de gananciales hasta tanto se concrete el adjudicatario del concreto terreno donde se levanta la edificación y haga uso éste de su derecho de opción.

**7.** La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia al amparo del artículo 477, inciso 2.2º de la LEC , esto es, en asunto que excede de 600.000 €, fundándolo en tres motivos: (i) infracción legal, por inaplicación, del artículo 1344, en relación con el 361, ambos del Código Civil , así como de la jurisprudencia sobre la falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales; (ii) la infracción legal, por inaplicación, del artículo 1359 del Código Civil en relación con el artículo 361 del mismo Código ; (iii) la infracción legal, por aplicación indebida, del propio artículo 361 del Código Civil , en relación con el artículo 453 del mismo código , con la jurisprudencia que los desarrolla, relativa a la improcedencia de aplicar las normas de la acción y los derechos de retención a las edificaciones realizadas por un copropietario del suelo.

La parte recurrente concluye solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, tras casarse la dictada por la Audiencia, puntualizando lo siguiente: (i) que con el precio obtenido se devuelva a la edificante el plusvalor del precio de la venta generado por su construcción, si es que lo hay; (ii) que la controversia sobre la validez, la repercusión en los ajustes derivados de la edificación de la actora queden para su resolución mediante las normas de la comunidad de bienes, y al margen de la accesión y del derecho de retención que concede la sentencia recurrida.

**8.** El anterior recurso de casación fue admitido por la Sala en Auto de fecha 9 de septiembre de 2014 y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrente, si bien previamente alegó la inadmisibilidad del recurso por ser el interés económico debatido, tras el allanamiento parcial de la parte demandada, inferior a 600.000 €.

#### **Recurso de Casación.**

#### **SEGUNDO. Admisibilidad del recurso.**

**1.** La parte actora, doña Eulalia postuló en su demanda:

(i) que se declare que es titular de un derecho de retención sobre la edificación construida en la parcela segregada de 617 m<sup>2</sup> de la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes.



(ii) que se declare asimismo la extinción del condominio que la actora tiene junto con los demandados sobre dicha segregación, con la excepción de la vivienda y anejos construidos sobre la misma, cuya retención se pide, y del resto de la finca matriz (registral NUM000 ) y de las viviendas y anejos construidos en las mismas mediante la venta de las referidas fincas y edificaciones en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con reparto del precio de la venta entre los condominios en proporción a sus respectivas cuotas.

2. La parte demandada se allanó expresamente a la pretensión divisoria pero extendiéndola a toda la finca y edificaciones existentes en ella, por cuanto se oponía al reconocimiento de la propiedad de la actora sobre la construcción edificada sobre la porción segregada de la finca matriz.

3. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia acogió la tesis, de la parte demandada y, de ahí, que declarase la extinción de la comunidad sobre toda la finca y sobre todas las viviendas y anejos construidos en la misma.

4. La sentencia de apelación, aquí recurrida, declaró, en cambio, que la sociedad de gananciales de la actora tiene derecho a retener las edificaciones construidas por la misma en la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Llanes hasta que quien resulte ser propietario del terreno sobre el que aquélla se levanta ejercite la opción contenida en el artículo 361 del Código Civil .

5. La parte demandada fórmula recurso de casación y pretende que se case la sentencia de la Audiencia y se confirme la de primera instancia, esto es, que la *actio commune dividendo* abarque la totalidad de la finca registral y de lo construido en ella.

6. Por tanto, en las decisiones acordadas por los citados Órganos Judiciales siempre ha latido un solo objeto, a saber, la división de la cosa común; por lo que no cabe alegar que el interés económico de lo pretendido se ha reducido, pues se trata de dilucidar sobre el ámbito de división de la cosa común y cuando se ejercita esta acción se ha de estar al valor del bien por aplicación del artículo 251.3º.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

7. De ahí, que sea correcta la admisibilidad del recurso de casación que acordó la Sala con carácter inicial en Auto de 9 de septiembre de 2014, y que ahora acuerda con carácter definitivo.

#### **TERCERO. Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.**

Se denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1344 y siguientes del Código Civil , así como la doctrina y la jurisprudencia que no reconocen personalidad jurídica a la sociedad de gananciales como distinta y diferenciada de la que tienen los cónyuges que le integran, en relación con lo dispuesto en los artículos 361 y 453 del Código Civil , al otorgar la sentencia recurrida el derecho de retención de la obra a favor de la sociedad de gananciales edificante en suelo ajeno, en detrimento de los esposos que la conforman, sean éstos, o alguno de ellos, propietarios o no del suelo. Entiende que la naturaleza jurídica de las sociedades gananciales es la de una comunidad de tipo germánico, según la cual se hacen comunes para el marido y la mujer tanto las ganancias y beneficios como determinados bienes y derechos, de forma que quienes obligan, contratan, adquieren derechos y contraen obligaciones son los propios cónyuges. Se citan las sentencias de esta sala de 26 marzo 1979 y 9 julio 1984 , que determinan que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia, capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino a través de los cónyuges y titulares del mismo, cuyos actos son los que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad.

Añade la recurrente que la importancia de la infracción reside en que la sentencia recurrida apoya su decisión en el carácter de tercero de la sociedad de gananciales edificante, considerándola como el tercero que edifica de buena fe en suelo ajeno y gana con ello el derecho de retención sobre la obra.

#### **CUARTO. Decisión de la Sala.**

El motivo se estima.

1. El artículo 1344 CC , según la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, ligeramente modificada por la Ley de 1 de julio de 2005, ofrece el concepto legal del régimen de sociedad de gananciales, por el que, en principio, se hacen comunes entre uno y otro de los cónyuges las ganancias obtenidas durante el matrimonio. Se forma, por tanto, una masa común para ambos cónyuges, junto a los bienes privativos de cada uno de ellos.

Ello ha motivado diferentes tesis doctrinales respecto de su naturaleza jurídica. Fundamentalmente son: las que han venido sosteniendo que tenía personalidad jurídica propia; que se trataba de una copropiedad ordinaria; que se está ante una copropiedad germánica o en mano común.

Es esta última teoría la que recibido una mayor acogida por la doctrina española, la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, por cuanto ninguno de los cónyuges puede disponer, como privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes. En la sociedad de gananciales ambos son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una



cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división a salvo los supuestos de liquidación del régimen económico.

Así lo ha venido reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 6 junio de 1966 , 17 de abril de 1967 , 25 de mayo de 1976 , 13 de julio de 1988 y 4 de marzo de 1994 . En esta última se declara que « Esta doctrina jurisprudencial es acorde cuando explica, que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil , al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con el de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición del propietario en exclusiva de los bienes en litigio. La situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales, es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos tenga la consideración de terceros». Se reitera esta doctrina en las sentencias de 1 de septiembre de 2000 y 8 de febrero de 2007 .

**2.** Se colige de lo expuesto que existe un patrimonio común, una masa patrimonial dotada de autonomía, aunque sin llegar a alcanzar personalidad jurídica propia. Como sostiene la sentencia de 26 de marzo de 1979 , es preciso puntualizar, desde el punto de vista del derecho sustantivo y civil que «la sociedad legal de gananciales, o más en concreto del patrimonio ganancial, no tiene personalidad jurídica propia capaz de contraer deudas como tal y por sí, sino sólo a través de los cónyuges titulares del mismo, cuyos actos, según las normas del Código Civil, son las que vinculan y fijan la responsabilidad de la sociedad».

**3.** Corolario de todo ello es que no puede considerarse a la sociedad de gananciales como un tercero extraño a la propiedad del suelo sobre el que se edifica, despreciando que pueda serlo alguno de los cónyuges que la integran y que, como ya se ha recogido, la doctrina de la Sala no los considera terceros respecto de ese patrimonio común.

**4.** Por tanto se ha de indagar sobre quién construye y quien sea el propietario o titular dominical del suelo sobre el que se ha levantado la edificación.

Basta con acudir a los hechos probados de la sentencia recurrida para obtener respuesta a tales interrogantes.

La iniciativa de construir correspondió a la actora doña Eulalia , que fue quien solicitó la licencia de ejecución de obra el 14 de octubre 2003, sin perjuicio de que los costes de la edificación tuviesen naturaleza ganancial.

El suelo pertenecía a la actora en régimen de copropiedad, pues cuando solicitó la licencia de ejecución de obra (14 de octubre octubre de 2003), ya había sido llamada a la herencia de su tía doña Carolina , que había fallecido el 15 de junio de 2002 y había otorgado testamento a favor de ella, entre otras personas; con lo que tácitamente aceptó la herencia al llevar a cabo un acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar, pues no habría derecho a ejecutar sin la cualidad de heredero ( Artículo 999, párrafo tercero del Código Civil ). Con independencia de ello existió aceptación expresa en documento público de 22 de octubre de 2004 y, conforme a lo dispuesto en el artículo 989 del Código Civil , sus efectos se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, a lo que se puede añadir que cuando le fue concedido el certificado final de obra el 28 de diciembre de 2004 la aceptación expresa de la herencia ya había tenido lugar.

**5.** Corolario de todas estas consideraciones es que quien construyó no fue la sociedad de gananciales como persona jurídica diferenciada de los cónyuges, sino éstos y sobre suelo privativo de la esposa del que era titular dominical por herencia en régimen de copropiedad.

**QUINTO. Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.**

Se denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil , en relación con los artículos 1346 , 361 y 453 del mismo Código , pues la edificación cuyo derecho de retención la sentencia recurrida concede a la sociedad de gananciales de la actora en juicio, es privativa de la esposa, al erigirse sobre suelo privativo de ésta -aún en copropiedad con otros-, al que el esposo es completamente ajeno, por lo que la esposa es la dueña de la edificación y la única titular posible del derecho de retención sobre la misma. A este respecto se cita la sentencia de esta Sala de 14 octubre 1982 que expresa que el artículo 1359 del Código Civil mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes de gananciales y en los privativos, tendrá el carácter correspondiente a los bienes que afecten;

**SEXTO. Decisión de la Sala.**



1. La decisión del primer motivo conduce inexorablemente a la estimación del presente, pues el artículo 1359, párrafo primero, del Código Civil, tras la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es expresivo y claro de que «las edificaciones... que se realicen en los bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes..., sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho».

No es que la sentencia recurrida niegue las consecuencias jurídicas del precepto en cuestión, sino que considera, y la Sala rechaza, que la edificación ha sido construida por la sociedad de gananciales y ésta es ajena a la copropiedad del terreno. Incluso añade, y la Sala también lo rechaza, que al ejecutarse la obra doña Eulalia no era copropietaria del terreno sobre el que se levanta la edificación, por entender que no accedió a dicha titularidad hasta la aceptación expresa y partición de la herencia de su tía el 22 de octubre de 2004.

**SÉPTIMO.** *Motivo Tercero. Enunciación y Planteamiento.*

Se denuncia infracción por aplicación indebida de los artículos 361 y 453 del Código Civil en relación con el artículo 989 del mismo Código, al considerar la sentencia recurrida como tercero ajeno a la propiedad del suelo a quien edifica, siendo copropietario del mismo. Entiende que descartada en el caso la accesión invertida, que también comprende el artículo 361 del Código Civil, el derecho de retención exige siempre una construcción en suelo ajeno, y es al analizar este presupuesto de ajeneidad cuando no pueden obviarse las relaciones jurídicas que pudieran existir entre el edificante y el suelo sobre el que se construye. Se cita la sentencia esta sala de 21 septiembre 2011 que determina que en el caso de la construcción por una serie de comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y que pactaron una nueva edificación, unas cuotas y una concreción de viviendas, no puede solventarse por las normas de la accesión, sino por las relaciones entre comuneros.

**OCTAVO.** *Decisión de la Sala.*

El motivo se estima.

1. La argumentación para la estimación del motivo la ofrece la propia sentencia recurrida, pues afirma que si no se partiese de que la construcción se llevó a cabo por la sociedad de gananciales de la actora sobre suelo ajeno, sino de que la actora ya era copropietaria de la finca registral y de que la edificación, aún habiendo sido sufragada por la sociedad de gananciales, al ser integrante de ella la actora no será la ajeneidad pretendida, que es la decisión que toma la Sala, entonces no sería de aplicación la figura de la accesión, como señala la STS de 11 de septiembre de 2011.

2. En efecto la jurisprudencia se niega a admitir la accesión invertida de obra hecha por condomino en suelo común. Faltaría en tal supuesto la ajeneidad y la buena fe respecto a la propiedad del suelo sobre el que se construye.

Fundamentalmente pone el acento en que lo que realmente existe es un incumplimiento del artículo 397 del Código Civil, siendo tal normativa preferente a la más general de la accesión. Así se desprende de las SSTS de 5 de abril de 1994, 29 de julio de 1994, 27 de junio de 1997, 26 de septiembre de 2007 y la que cita la sentencia de apelación de 11 de septiembre 2011.

**NOVENO.** No obstante lo expuesto en respuesta a los motivos formulados en el recurso de casación, vamos a recoger una serie de consideraciones que, partiendo del escrupuloso respeto a los términos esenciales del debate y a los hechos declarados probados, conducen a la confirmación de la sentencia recurrida en aplicación de la doctrina de la equivalencia de los resultados.

Tales consideraciones son las que pasamos a exponer:

(i) La parte actora solicita la división de la finca común pero reteniendo el edificio levantado por ella con dinero de naturaleza ganancial.

(ii) La parte demandada no niega que la actora haya levantado el edificio en cuestión ni que tengan derecho al aumento de valor que ello suponga, pues tanto en la contestación a la demanda como al formular el recurso de casación así lo expresa. La única diferencia es que la actora postula la retención y la demandada se inclina por la venta de la finca y luego con el precio obtenido satisfacerle el aumento de valor que haya supuesto el edificio construido.

(iii) Llegados a este estadio del discurso se aprecia de los hechos probados que la construcción se hizo a la vista, ciencia y paciencia de todos los comuneros e incluso con la participación activa de ellos.

(iv) Quien solicitó a la Administración la segregación de la parcela fue la madre de la actora, quien a su vez también levantó en la finca un edificio para su sociedad de gananciales.

(v) Cuando comparecen todos los comuneros para la aceptación de la herencia el edificio de la actora, cuya retención se discute, se encontraba ya terminado.



(vi) Prueba del consentimiento de todos los comuneros en lo ahora pretendido es que acudieron al notario con el firme propósito de segregar la parcela en que estaba construido el edificio levantado por la actora y si la autorización de la escritura pública no alcanzó el fin perseguido, que hay que inferir previamente consensuado, fue porque una hermana de la demandante, por razones que se ignoran, no ratificó lo consentido por su padre como mandatario verbal de ella.

(vii) Con tal escenario fáctico y jurídico es razonable que la actora retenga el edificio levantado por ella hasta que se practique la división de la finca común, en evitación de perjuicios irreparables para quien ha obrado de buena fe inducida por el consentimiento de todos los comuneros y con la participación activa y no meramente contemplativa de ellos. Así mismo es razonable que, una vez practicada la división de la cosa común, el que adquiera la condición de titular de la finca o, en su caso, de la parcela en que se encuentra ubicada la edificación, pueda por analogía hacer uso de las previsiones que recoge el artículo 361 del Código Civil, bien entendido que en caso de pública subasta habrá de hacerse mención a tal circunstancia para conocimiento de los licitadores.

**DÉCIMO.** Aunque la motivación sea diferente el fallo es el procedente, por lo que aplicando la consolidada teoría de la equivalencia de los resultados, no cabe casar la sentencia, pues el recurso se formula contra el fallo, y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho ( SSTS de 27 de noviembre de 1992 ; 10 de noviembre de 2000 ; 24 de noviembre de 2000 ; 9 de julio de 2001 ; 21 de noviembre de 2001 ; 14 de febrero de 2002 ; 26 junio de 2003 ; 6 de noviembre 2003 ; 19 de diciembre de 2003 ; 29 de marzo de 2004 ; 14 de mayo de 2004 ; 5 de octubre de 2004 ; 22 de octubre 2004 ; 26 de diciembre de 2006 , entre otras); si bien no deben imponerse las costas del recurso a la parte recurrente si se atiende a las consideraciones de la Sala en la decisión del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por el procurador don Rafael Serrano Martínez, en nombre y representación de doña Julieta , doña Valle , doña Elisenda , y don Teofilo , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo el 24 de septiembre de 2013, en el rollo 330/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 881/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Llanes.

2º. Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3º. No imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan .- Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.- Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.