



Roj: **SAP PO 180/2011 - ECLI:ES:APPO:2011:180**

Id Cendoj: **36038370012011100035**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2011**

Nº de Recurso: **691/2010**

Nº de Resolución: **79/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00079/2011**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 691/10**

**Asunto: ORDINARIO 240/07**

**Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 MARIN**

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.79**

En Pontevedra a once de febrero de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario núm. 240/07, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín, a los que ha correspondido el Rollo núm. 691/10, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Piedad , representada por la procuradora Dª SANDRA DEL RÍO FERNANDEZ, y asistida del letrado D. MARIA DEL PILAR MOLEDO, Dª Virginia , representada por el procurador D. JORGE I. FREIRE RODRÍGUEZ y asistido del letrado D. FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS, y Dª Amelia , representado por el procurador D. OLGA CASABLANCA y asistido por el Letrado D. CONCEPCION FREIRE SOUTO, y como parte apelado-demandante: D. Claudia , representado por el Procurador D. MARIA AMOR ANGULO GASCON, y asistido por el Letrado D. CLARA EUGENIA RODRÍGUEZ VARELA, Dª Flor , no personada en esta alzada, sobre reclamación de cantidad, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ , quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marín, con fecha 19 mayo 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:



"ACOLLER INTEGRAMENTE a demanda interposta por Claudia fronte a Piedad , Virginia e Amelia e, xa que logo:

1º. Declarar que o inmueble que veñen ocupando as demandadas sito na RUA000 nº NUM000 en MOGOR, MARIN (PONTEVEDRA), que se describe como casa composta de planta baixa ou adega dunha superficie construída de sesenta e tres metros cadrados e planta alta ou piso dunha superficie total construída asemade de sesenta e tres metros cadrados, co terreo do seu circundado a froiteiros e servizos, que todo forma unha soa veiga cunha extensión superficial total de seis áreas e corenta e dous centiáreas, sendo as súas estremeiras: Norte, Everardo ; Sur, Héctor e Justo e ademais de Octavio ; Este, Brigida e ademais de Octavio ; Oeste, de Teodosio ; inmueble inscrito no REXISTRO DA PROPIEDAD N. 2 DE PONTEVEDRA, ao Tomo 1029, Libro 361, Folio 214, Finca NUM001 ; Inscripción 1ª (referenza catastral NUM002 ), é propiedade da demandante Claudia .

2º. Declarar que as demandas se atopan indebidamente na posesión da vivenda existente na finca pertencente á demandante, veñen usando e gozando do inmueble por mera tolerancia sen título e sen pagar renda, mercede nin contraprestación ningunha.

3º. Condenar ás demandadas a desaloxar a vivenda que posúen indebidamente, dado que a oposición do propietario pon remate á súa tolerancia.

4º. Con imposición das custas ás demandadas Piedad , Virginia e Amelia , con expresa declaración de temeridade.

REXEITAR INTEGRAMENTE a reconvenção formulada por Piedad fronte a Claudia e Flor ; con imposición das custas causadas á reconvinte.

REXEITAR INTEGRAMENTE a reconvenção formulada por Virginia fronte a Claudia e Flor , con imposición das custas causadas a reconvinte.

REXEITAR INTEGRAMENTE a reconvenção formulada por Amelia fronte a Claudia e Flor ; con imposición das custas causadas á reconvinte."

**SEGUNDO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por Dª Piedad , Dª Virginia y Dª Amelia , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día nueve de febrero para la deliberación de este recurso.

**TERCERO.**- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La acción ejercitada por la parte actora es una acción reivindicatoria respecto de un inmueble sito en Mogor, término municipal de Marín, C/ RUA000 , NUM000 , adquirido por la parte actora en virtud de escritura de aportación realizada en su favor por su madre Doña Flor el 24 enero 2006. La sentencia estima la demanda.

La situación de hecho de la que parte la sentencia y es admitido por las partes, es que las demandadas, esposa e hijas del hermano de la demandante, vivieron con la madre de éstos Doña Flor , en el citado inmueble, realizando importantes obras a partir del año 1994 por importe superior a los cuatro millones de las antiguas pesetas.

Partiendo de esta situación, las demandadas consideran que tienen título para poseer pues Doña Flor había prometido al matrimonio formado por D. Feliciano y Doña Piedad , que les dejaría en testamento la vivienda que nos ocupa, motivo por el que realizaron las importantes obras.

Sin embargo, no se cuestiona ahora el título o mejor título de la parte actora, no impugnándose la sentencia sobre dicho particular, sino que lo que las demandadas y ahora apelantes sostienen tanto en la instancia como en vía de recurso, es su derecho a poseer, al menos hasta que se les abone las cantidades invertidas en la vivienda o su aumento de valor a consecuencia de las mismas, tal y como se desprende del relato de hechos y del derecho invocado por las demandadas en sus correspondientes reconvenções, prácticamente idénticas, y mantienen en esta alzada, citando el art. 453 CC referido al derecho del poseedor de buena fe a que se le satisfagan los gastos necesarios, pudiendo retener la cosa en tanto no se le satisfagan.

Esta pretensión fue desestimada por la sentencia de instancia considerando, en resumen, que existe una falta de legitimación activa para reclamar un crédito cuya titularidad corresponde a la sociedad de gananciales formada por D. Feliciano y Doña Piedad , no pudiendo ser reclamada para sí sino sólo en beneficio de dicha sociedad, no en su propio nombre y derecho.



A mayor abundamiento, desestima la posible existencia de un derecho de retención que sólo puede admitirse en los supuestos de poseedor con título, no en supuestos de precario como el que nos ocupa.

Es sobre estas pretensiones reivindicatorias sobre las que versan los recursos de apelación.

**SEGUNDO** .- En lo referente a la falta de legitimación de las demandadas reconvinentes, debe estimarse este motivo de impugnación.

En este sentido puede citarse la STS 1 febrero 2007 , según la cual, es *Jurisprudencia de esta Sala, según la cual cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, bien para defenderlos o bien para ejercitarlos.....hay que resaltar que lo determinante de la legitimación, para reclamar en favor de una comunidad, no es la naturaleza de ésta, sino que conste que se demanda en beneficio de todos los comuneros o coherederos, y no en el exclusivo y propio nombre .*

O la STS 13 diciembre 2006 : *Es doctrina reiterada de esta Sala, en interpretación del art. 394 del Código Civil , la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor ( Sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997 , 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999 ).*

Y de igual modo la STS 3 mayo 2003 : *pues existe, en efecto, una consolidada doctrina de esta Sala que reconoce la legitimación de cualquier comunero, aún cuando no manifieste expresamente que actúa en interés de la comunidad para el ejercicio de acciones de que la misma se halle investida, siempre y cuando las pretensiones deducidas, en caso de prosperar, no puedan por menos de redundar en provecho de todos los componentes de aquella.*

*A la procedencia de esta actuación implícita en beneficio de quienes son cotitulares de un bien o un derecho se refieren las sentencias de 2 de Octubre de 1983 , 19 de Mayo de 1986 ; 9 y 13 de Febrero , 21 de Septiembre , 26 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1987 ; 15 de Enero de 1988 y 17 de Abril de 1990 , entre otras .*

En el supuesto enjuiciado resulta evidente de la lectura tanto de las reconvenciones planteadas independientemente por madre e hijas, pero que defienden idénticos intereses, que no están reclamando para sí como si de un derecho de su exclusiva titularidad se tratara sino que demandan en beneficio de la comunidad formada por las tres, interesando el pago, de forma idéntica en el suplico de las tres reconvenciones a favor de "Doña Piedad , y a la comunidad hereditaria de D. Feliciano , formada por sus hijas D<sup>a</sup> Virginia y D<sup>a</sup> Amelia ", sin distinción de cuota alguna.

No queda duda alguna acerca de que, tras el fallecimiento del esposo y padre de las demandadas, surge una comunidad postmatrimonial titular de los derechos y obligaciones de la antigua sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de uno de los esposos.

Señala la STS 10 junio 2010 : *Pero olvida la doctrina de esta Sala (SSTS de 19 junio 1998 ) que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria ( STS de 11 mayo 2000 ).*

Si bien el artículo 1.396 del Código Civil , al establecer que: "disuelta la sociedad -de gananciales- se procederá a su liquidación...", parece dar a entender que a los pocos días de disolverse la sociedad de gananciales ya estará liquidada, es lo cierto que frecuentemente, desde que se produce la disolución, por concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 1.392 o 1.393 del Código Civil , hasta que se practica su liquidación, transcurre un largo período de tiempo. Y, durante este período intermedio de tiempo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su definitiva liquidación, surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de a sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero -cónyuge superviviente y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte, y ambos cónyuges, si la causa de disolución fue otra- ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial -como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia cuyos principios y reglas le son de aplicación-, y no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, subsistiendo la cuota abstracta mientras perviva la expresada comunidad postganancial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros ( *sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 1266/1998 de 31 de diciembre de 1998 , R.J. Ar 9987 ; 7 de noviembre de 1997, R.J. AR. 7937 ; 875/1993, de 28 de septiembre de 1993, R.J. Ar. 6657 ; 1173/1992, de 23 de diciembre de 1992, R.J. Ar. 10689 ; 17 de febrero de 1992, R.J. Ar. 1258 ; 20 de noviembre de 1991 ; 8 de octubre de 1990, R.J. Ar. 7482 ; 21 de noviembre de 1987 , R.J. Ar. 8638*). Debiendo regirse esta comunidad postganancial por las normas propias de la comunidad de bienes, contenidas en los artículos 392 y ss. Del Código Civil ( *sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 592/2005, de 10 de julio de 2005 , R.J. Ar. 8991 ; 465/2000, de 11 de mayo de 2000 , R.J. Ar. 3926*).



**TERCERO** .- Procede por lo tanto entrar ahora a resolver las cuestiones de fondo, considerando que la sistemática exige pronunciarse primero sobre la situación posesoria de las reconvinentes para, posteriormente, abordar la existencia y calificación de la deuda y, finalmente, las partes de esa relación jurídica.

Comenzando por la situación posesoria de las demandadas reconvinentes, la sentencia las califica de precaristas, y pese a que es la primera vez que se emplea tal término, este se deduce sin dificultad desde la misma demanda en la que se hace alusión a que las demandadas ocupan la vivienda por mera liberalidad y tolerancia de la madre de la demandante, suegra y abuela de las demandadas reconvinentes. Y precisamente de ello se defienden las demandadas cuando tratan de justificar su posesión en función de un supuesto contrato verbal de alimentos.

Pero es lo cierto que ese supuesto contrato de alimentos no ha quedado en modo alguno acreditado. Es más, la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, exige la forma de escritura pública (art. 96.2 ), lo que se atenúa en la nueva Ley 2/2006 que exige la escritura pública para que el contrato de vitalicio tenga efecto frente a terceros (art. 150).

Otro argumento de las reconvinentes es la promesa en firme de la anterior propietaria, suegra y abuela de aquéllas, de dejar a su hijo Feliciano , y por lo tanto a ellas, el citado inmueble. Pero aún cuando ello fuera así, en sí mismo no implica título posesorio alguno, más allá de una mera expectativa a que, por alguna de las formas de transmisión inter vivos o mortis causa, les fuera transmitido con posterioridad. Lo relevante es que no se ha producido dicha transmisión.

Otro elemento más de convicción deriva del documento aportado como doc. 26 con la contestación a la demanda, redactado por el propio constructor que ha declarado como testigo en el acto del juicio y lo ha ratificado, por el que la propietaria autoriza a su hijo y la esposa de este a realizar las obras en la casa, autorización que resultaría innecesaria si consideraran tener algún derecho sobre el inmueble.

Señala la STS 20 octubre 1986 que ya la STS 13 de febrero de 1958 , que conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926 , tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho"; ...

De lo expuesto puede concluirse que, efectivamente, las demandadas se encuentran y se encontraban en situación de precario (lo que viene a reconocer tanto en la instancia como en su recurso de apelación la codemandada Doña Amelia ), no ostentando ningún título para poseer la finca litigiosa, más allá de unas expectativas hereditarias que no llegaron en momento alguno a consolidarse en la forma que se esperaba. Por lo tanto deben ser tenidas por poseedoras sin título, en virtud de mera tolerancia de la dueña. Y en tanto que poseedoras carentes de título, con pleno conocimiento y conciencia de ello, no pueden ser tenidas por poseedoras de buena fe en los términos del art. 433 del Código Civil y no pueden ser beneficiadas por el derecho de retención contemplado por el art. 453 de la misma Ley .

Así lo ha expuesto con acierto y claridad la sentencia de instancia, citando al efecto la conocida STS de 17 mayo 1948 , en cuyo cuarto considerando se declara lo que se acaba de indicar sobre el poseedor de buena fe, según el art. 433 CC , y se añade que por ello " resulta evidente que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil pero no en el precarista, que carece de título y goza de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado .....".



**CUARTO** .- Ahora bien, ello no significa que las apelantes no tengan derecho al reembolso de los gastos necesarios realizados en el inmueble pues tales gastos se abonan a todo poseedor, como dispone el art. 453 CC .

En este orden de cosas, de las pruebas periciales practicadas se evidencia que las reformas llevadas a cabo en la vivienda tuvieron gran importancia, implicando una reforma integral, sobre una vivienda construida en 1950, y por lo tanto con cierta antigüedad en el año 1994 cuando comienzan las reformas. De ello debe deducirse que no estamos ante obras que reflejen gastos de puro lujo o suntuarios, sino gastos necesarios en cuanto tienen por finalidad la conservación y el mantenimiento del inmueble para el fin que le es propio, su adecuada habitabilidad, pues es sabido que, de no hacerse, el inmueble desmerece, pierde valor, y puede llegar a perder las condiciones mínimas de habitabilidad acorde con los tiempos.

El valor total de las obras realizadas, y debidamente acreditadas, ascienden a 26.544,68 euros en su consideración de gasto. El pago de las obras, como se desprende tanto de las facturas y documentos aportados por las demandadas, en cuyo poder se encontraban, como por la declaración del contratista Sr. Pazos Pérez, fue llevado a cabo por los esposos, sin intervención alguna de la propietaria que no acredita haber realizado pago alguno. Cantidad que se actualiza conforme al interés legal del dinero desde el 1.1.1999, pues aunque las obras y pagos se inician años antes, es en ese año cuando se ha abonado la mayor parte del precio de las obras de reforma, hasta la fecha de la presente resolución, resultando por este concepto la cantidad de 14.222,70 €.

La reconvencción se dirige tanto contra la anterior propietaria, pero que ostentaba tal condición en el momento de realizarse las obras, como contra la demandante que adquirió el inmueble en virtud de la figura de la apartación que no se ha cuestionado, deviniendo firmes las consideraciones de la sentencia en orden a la discusión del título.

Así las cosas deben resolverse si ambas demandadas, o sólo alguna de ellas deben hacer frente a la deuda reclamada.

**QUINTO** .- La *Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, aplicable al caso, disponía en su art. 134* que "1. Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse. 2. La aportación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios. Y el art. 135 "La aportación precisa plena capacidad de disposición de los intervinientes y se hará en escritura pública".

De la regulación legal se desprende que la apartación es un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem* , en virtud del cual el apartante adjudica al apartado la plena titularidad de los bienes objeto del mismo, de lo que se colige el inmediato y actual desplazamiento patrimonial de aquel a este, en consecuencia produce los efectos propios de todo negocio jurídico de disposición, de forma que el apartado adquiere la plena titularidad de los bienes y derechos adjudicados en pago de su legítima. Puntualizar, también, que para otorgar el apartamiento ambas partes han de tener capacidad de obrar plena y el apartante poder de disposición sobre los bienes objeto de apartamiento para así poder atribuir de presente la propiedad de los bienes al apartado.

Lo expuesto nos permite afirmar que la aportación otorgada en escritura pública implica la transmisión simultánea de la propiedad a favor del apartado, pues lo pactado, como título de finalidad traslativa, se completa con la tradición, en la modalidad de *traditio instrumental* del art. 1.462.2 CC , con la consecuencia de que el apartado adquiere la propiedad inmediata de los bienes objeto de apartamiento.

Dicho lo anterior, se evidencia que el apartado adquiere la propiedad del bien en virtud de ese negocio jurídico, sucediendo a título particular en el bien en virtud del mismo, pero no es un sucesor universal, ni lo será, del apartante, por lo que las deudas de éste sólo a él corresponden, y en su caso a sus herederos, lo que no es el caso del apartado.

La deuda que se reclama en la presente litis en cuanto los gastos necesarios realizados en la cosa por el poseedor a que se refiere el art. 453 CC , es un derecho de crédito contra quien era propietario en el momento de surgir dicha deuda. Su carácter obligacional, que no real, impide que se transmita con la cosa, por lo que la deuda reclamada sólo puede imputarse a la Doña Flor , no a Doña Claudia .

**SEXTO** .- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC , no ha lugar a especial imposición de costas en ninguna de las instancias salvo las causadas por la demanda interpuesta por Doña Claudia que deben ser impuestas a las demandadas.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Doña Piedad y Doña Virginia y Doña Amelia contra la sentencia dictada el 19 mayo 2010 por el Juzgado de Primera Instancia 1 Marín en juicio ordinario nº 240/07, en el sentido de estimar parcialmente la reconvencción planteada por las apelantes reconvenientes contra Doña Flor , y en consecuencia condenar a ésta a abonar a las anteriores, para la comunidad postmatrimonial que forman, la cantidad de 40.767,38 euros.

**No** ha lugar a especial imposición de costas en ninguna de las instancias salvo las causadas por la demanda interpuesta por Doña Claudia que deben ser impuestas a las demandadas.

Devuélvase a las apelantes el depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ