



Roj: **SAP PO 2985/2008 - ECLI:ES:APPO:2008:2985**

Id Cendoj: **36038370012008100818**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2008**

Nº de Recurso: **728/2008**

Nº de Resolución: **696/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIEITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

**SENTENCIA: 00696/2008**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 728/08

Asunto: LIQUIDACIÓN SOCIEDAD DE GANANCIALES Nº 439/07

Procedencia: JDO. DE 1ª INSTANCIA Nº 2 DE PONTEVEDRA

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

Dª Mª BEGOÑA RODRIGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIEITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 696

En Pontevedra a diecisiete de diciembre de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de liquidación sociedad de gananciales nº 439/07, procedentes del Jdo. de 1ª Instancia nº 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 728/08, en los que aparece como parte apelante-demandado: Dª. Diana , representado por la procuradora Dª. BELEN ALVAREZ SANCHEZ y asistido por el Letrado D. VICTOR ABELLEIRA, y como parte apelado-demandante: D. Armando , representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. JESUS SEREN ROSAL, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. CELSO JOAQUIN MONTENEGRO VIEITEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pontevedra, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que resolviendo las discrepancias surgidas en la formación de inventario de la sociedad de gananciales de los esposos DOÑA Diana y DON Armando , debo acordar y acuerdo:

1.- Que no forma parte del inventario la vivienda sita en la calle Paio Gómez de Soutomaior de Pontevedra.



2.- Que no forman parte del pasivo del inventario los dos presuntos préstamos contraídos con Doña Regina de fechas 24 de enero de 1992 por importe de 900.000 pesetas y fecha 9 de noviembre de 1993 por importe de 634.000 pesetas.

3.- Que forman parte del activo inventario las siguientes partidas:

A/ Ocho nichos sitios e el cementerio de Lerez.

B/ El vehículo Lancia Thema, matrícula ZI-....-D con el valor que tuviera a fecha 22 de diciembre de 1995.

4.- Que forma parte del pasivo del inventario la siguiente partida: Deudas por impago de cuotas con la Tesorería de la Seguridad Social por importe de 1.135,07 euros y 1.656,40 euros.

No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Diana 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 27.11.08 para la deliberación de este recurso.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La controversia queda centrada en esta segunda instancia, única y exclusivamente, en la cuestión atinente a si la vivienda sita en la calle Paio Gómez de Soutomaior de la localidad de Pontevedra ha de ser o no incluida como activo en el inventario de la sociedad de gananciales cuya liquidación persiguen las partes contendientes.

La apelante Dña. Diana defiende su inclusión al considerar tal bien inmueble de naturaleza ganancial, acudiendo en el escrito de recurso a dos argumentos esenciales para defender su postura: Que la vivienda fue construida en el año 1968, constante matrimonio, sobre un terreno perteneciente a la madre de su esposo, por lo que es de aplicación el régimen jurídico vigente antes de la promulgación de la ley de 13 de Mayo de 1981, concretamente el artículo 1404 del Código Civil en su anterior redacción; y que el propio esposo reconoció la naturaleza ganancial de la vivienda en la demanda por él presentada para solicitar el divorcio.

Por el contrario, su ex-cónyuge, D. Armando , considera que la controvertida vivienda es de carácter privativo, construida sobre un terreno propiedad de terceros ajenos a la sociedad de gananciales, por lo que no sería de aplicación el artículo 1404 del Código Civil en su redacción previa a la reforma de 1981. Además, la aplicabilidad de tal precepto estaría condicionada a la demostración de que la edificación se costeó con cargo a la sociedad de gananciales.

El Juzgador de instancia consideró aplicables los artículos 361 y 1359-1º (este último en su actual redacción) del Código Civil , por lo que concluyó el carácter privativo del discutido inmueble y en favor del apelado Sr. Armando .

SEGUNDO.- Centrados así los términos del debate, para la solución de la cuestión litigiosa debemos partir de los siguientes hechos que, o bien por incontrovertidos, o bien por acreditados, han quedado fijados en el curso del procedimiento: a) La vivienda de litis, que constituyó el domicilio familiar, fue construida constante matrimonio y hacia los años 1968-1969 (lo que cabe colegir no sólo de la documental aportada, sino también del contenido del escrito de demanda de divorcio promovido por D. Armando , donde literalmente se afirma - folio 95- que "la esposa vive en el que en su día fue domicilio ganancial construido constante matrimonio (...)" ); b) dicha morada fue erigida sobre una finca propiedad de la madre de D. Armando (pues no a otra conclusión apunta la prueba documental por éste presentada); c) el terreno sobre el que se edificó fue posteriormente adquirido por herencia por D. Armando , tras el óbito de su madre acaecido en el año 1991.

Así las cosas, teniendo en cuenta cuanto antecede y dejando claro que lo que aquí no se discute es la titularidad del suelo sobre el que se erigió la edificación, sino la naturaleza ganancial o privativa de ésta, lo primero que hemos de señalar es que, efectivamente, como apunta la recurrente, la normativa a aplicar no puede ser la vigente con posterioridad a la reforma del Código Civil acometida por Ley 11/1981, de 13 de Mayo, y más concretamente el artículo 1359 de dicho cuerpo normativo en su párrafo primero ("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 a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho"), por cuanto el régimen jurídico aplicable no puede ser otro que el que se encontraba en vigor en el momento en que el bien entró a formar parte del patrimonio ganancial, lo que tuvo lugar con anterioridad a la precitada reforma. Ello nos llevaría, ab initio, a tener en cuenta el artículo 1404.2 del Código Civil en su anterior redacción, la cual, al contrario de la actual, atribuía naturaleza ganancial a la edificación ejecutada constante matrimonio



sobre terreno privativo de uno de los cónyuges ("lo 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"). Tal redacción, en su literalidad, nos llevaría sin duda alguna a una conclusión favorable a la tesis de la apelante Dña. Diana . Sin embargo, el reseñado precepto no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa cuando resulta que la vivienda, efectivamente edificada en suelo ajeno, no fue construida en terreno perteneciente a quien por aquel entonces ya era su esposo, sino que era propiedad de su suegra, para, posteriormente y tras su fallecimiento, ser adquirido por título de herencia por el cónyuge. Por ello, la situación así generada no puede integrar el supuesto de hecho previsto en la norma del antiguo artículo 1404 del Código Civil al objeto de alcanzar el efecto jurídico pretendido por la Sra. Diana . Efecto al que sí hemos de llegar, no obstante lo anterior, si tenemos en cuenta tres elementos de juicio fundamentales:

1. En primer lugar, que aquí no se discute la titularidad del terreno en el que se efectuó la edificación, sino el carácter ganancial o privativo únicamente de la vivienda. Ha resultado incontrovertida la titularidad dominical del esposo sobre el terreno.
2. En segundo lugar, que el inmueble fue ejecutado constante matrimonio, por lo que ha de presumirse que la inversión monetaria precisa para la edificación provino de fondos comunes de los esposos, esto es, gananciales. De las alegaciones del Sr. Armando se desprende el aserto de que la vivienda habría sido costeadada por sus propios padres, pero tal afirmación ha de entenderse efectuada a los meros hechos de defender su postulación cuando carece del más mínimo sustento probatorio que le sirva de soporte (en este sentido, ya el artículo 1407 del Código Civil , en su redacción anterior a 1981, fijaba la presunción de ganancialidad en términos muy similares al actual 1361: "Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer").
3. Y, en tercer lugar, el reconocimiento del carácter ganancial de la vivienda que resulta del escrito de demanda de divorcio presentado por el esposo ante los Juzgados de Pontevedra el 21 de Mayo de 2004, pues en el mismo se afirma lo siguiente: "La esposa vive en el que en su día fue domicilio ganancial construido constante matrimonio sobre unas fincas propiedad de los padres del esposo y siempre ha disfrutado de todo el mobiliario y ajuar doméstico existente en la misma. El Patrimonio Ganancial está constituido por la casa que constituyó domicilio familiar (...)".

Tales elementos de enjuiciamiento nos han de llevar necesariamente al corolario de que, efectivamente, la vivienda (el terreno sobre el que se ejecutó no es aquí objeto de controversia y ha de quedar al margen), construida constante matrimonio sobre terreno de ajena pertenencia (por aquel entonces), tiene naturaleza ganancial y ha de ser incluida en el activo del inventario de la sociedad de gananciales, porque fue costeadada con fondos comunes de ambos cónyuges. Ello, que ya de por sí es más que suficiente para resolver la cuestión litigiosa, es corroborado por la propia postura adoptada por el esposo al promover la disolución por divorcio del vínculo conyugal, la cual, indicativa de su propia convicción del carácter ganancial del discutido bien, ha de ser muy tenida en cuenta en este procedimiento de liquidación del régimen económico del matrimonio, por cuanto su postura actual contraviene claramente sus propios actos. En este sentido, simplemente recordar que es consolidada jurisprudencia la que define los actos propios como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros ( sentencias de 15 de Febrero de 1988 , 9 de Octubre de 1981 , 25 de Enero de 1983 o 22 de Enero de 1997 , entre otras); del mismo modo, se ha afirmado que se infringe tal doctrina cuando se demuestra el quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios la condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual ( sentencias de 30 de Enero de 1999 y 25 de Julio de 2000 ); también se ha dicho que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables ( sentencias de 25 de Octubre y 28 de Noviembre de 2000 ). Al hilo de lo anterior, no podemos estar conformes con lo argumentado por el Juzgador a quo cuando dice que lo afirmado en la demanda de divorcio no sería sino "una manifestación realizada por la letrada del esposo", añadiendo que "tal confesión no la realizó el actor por sí mismo sino a través de su letrada (...)". Porque la demanda, que no es sino el vehículo formal a través del cual es ejercitada la acción contra el demandado, ha de contener una exposición separada y numerada de los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con claridad y precisión lo que se pida ( artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), todo lo cual, aunque por regla general sea efectuado por y a través de la dirección técnica del Letrado y representación procesal del Procurador, no deja sino de ser la manifestación fáctica y jurídica del propio interesado en impetrar la actuación judicial en aras de la defensa de sus derechos, por lo que queda vinculado por ella ya que nunca puede ser considerada como expresión personal de los técnicos que suscriben dicho acto procesal, quienes no dejan sino de ser los profesionales a través de los cuales el justiciable ejerce la postulación procesal.



En consecuencia, ha de reputarse ganancial la vivienda y, como tal, ha de ser incluida en el activo del inventario.

Ahora bien, como ya reiteradamente se ha indicado, dado que el inmueble fue construido en terreno propiedad, primero, de la madre del Sr. Armando , y, actualmente, de titularidad dominical de este último por herencia al ocupar la posición jurídica de su fallecida progenitora, le corresponde la facultad del artículo 361 del Código Civil , precepto que, consagrando el principio de "superficies solo cedit" (el suelo es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido en él), le permite optar bien por apropiarse de la casa indemnizando su valor a la sociedad de gananciales, bien por solicitar que se le indemnice por la propia sociedad de gananciales por el valor del terreno de su propiedad ocupado por la edificación.

TERCERO.- No se hace expresa y especial imposición de las costas procesales de esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha decidido:

Primero. Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Belén Álvarez Sánchez, en nombre y representación de Dña. Diana , contra la sentencia de fecha 17 de Junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pontevedra .

Segundo.- Revocar parcialmente la reseñada resolución apelada.

Tercero.- Incluir en el activo del inventario de la sociedad de gananciales de los esposos Dña. Diana y D. Armando , la vivienda sita en la calle Paio Gómez de Soutomaioir de la localidad de Pontevedra.

Cuarto.- Mantener y confirmar el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Quinto.- No hacer expresa y especial imposición de las costas procesales de esta alzada a ninguna de las partes litigantes.

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