



Roj: **SAP LU 148/2014 - ECLI:ES:APLU:2014:148**

Id Cendoj: **27028370012014100088**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2014**

Nº de Recurso: **141/2014**

Nº de Resolución: **223/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ZULEMA GENTO CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

### **LUGO**

**SENTENCIA: 00223/2014**

Illmos. Sres.

D. JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ

D<sup>a</sup>. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. JOSE LUIS QUIROGA DE LA FUENTE, suplente.

Lugo, diez de junio de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **LIQUIDACION SOCIEDADES GANANCIALES 0000409/2012**, procedentes del **XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de MONDOÑEDO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000141/2014**, en los que aparece como parte apelante, **Amadeo**, **Claudia**, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO y asistidos por el Letrado D. BENIG **NO** FERNANDEZ RODIL, y como parte apelada, **Florencia**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MANUEL CABADO IGLESIAS y asistido por el Letrado D. MANUEL GONZALEZ LOPEZ, sobre formación de inventario para liquidación del régimen económico de gananciales. Siendo ponente la magistrada Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> MARIA ZULEMA GENTO CASTRO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de MONDOÑEDO, se dictó sentencia con fecha trece de noviembre de dos mil trece, en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que apruebo como inventario de la sociedad de gananciales formada por don Gustavo y doña Amparo el que a continuación se relaciona:== 1) ACTIVO.== 1.- VIVIENDA UNIFAMILIAR DE DOS PLANTAS Y GOLPON ANEJO SE ENCUENTRA UBICADA EN EL SITIO DE REDONDO, FINCA NUM000 DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE LA ZONA DE TRABADA, INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE RIBADEO AL TOMO NUM001, LIBRO NUM002, FOLIO NUM003, FINCA NUM004 Y VALOR DE 91259,20 .== 2.- FINCA NUM005 D ELAS DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE TRABADA SITA EN EL LUGAR DE REDONDO, CON UNA EXTENSIÓN DE 8 ÁREAS Y 62 CENTIÁREAS, REFERENCIA CATASTRAL NUM006, VALORADA EN 1083,00 EUROS.== 3.- VEHÍCULO CITROEN AX, MATRÍCULA PE-....-Y, VALORADO EN 300 .== 4.- MUEBLES Y AJUAR DOMÉSTICO EXISTENTE EN LA VIVIENDA DESCRITA BAJO EL NÚMERO 1, VALORADO EN 9000 .== 2) PASIVO== 1.- IMPUESTO MUNICIPAL DE VEHÍCULOS DE TRACCIÓN MECÁNICA AÑOS 2008 A 2012, POR IMPORTE DE 220,71 .== 2.- IBI VIVIENDA 2009 POR IMPORTE DE 34,56 .== 3.- TASA BASURA VIVIENDA 012, POR IMPORTE DE 52,50 .== 4.- IMPORTE RETIRADA DEL VEHÍCULO AL DESGUACE, POR IMPORTE DE 200 ". Por Auto de



fecha dieciocho de diciembre de dos mil trece se aclara la sentencia dictada en el sentido de añadir en el FALLO: "Se imponen las costas a la parte impugnante al haberse desestimado todas sus pretensiones", que ha sido recurrido por la parte demandada doña Claudia y don Amadeo , habiéndose alegado por la contraria oposición al recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma se señala la audiencia del día tres de junio de dos mil catorce a las diez treinta horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución apelada en cuanto contradigan los que se exponen a continuación.

PRIMERO.\_ La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda derivada de la solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales y aprueba el inventario de la referida sociedad.

El recurso de apelación de D<sup>a</sup>. Claudia y D. Amadeo , causahabientes de D<sup>a</sup> Amparo , se basa en las siguientes alegaciones:

1.-Reitera la excepción de cosa juzgada respecto del procedimiento núm. 191/2010 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Mondoñedo en el que se pretendía por la Sra. Zulima , parte apelada, que se declarase que la vivienda objeto de este litigio era privativa de D. Gustavo , la cual fue desestimada, mientras que en el actual procedimiento considera que la vivienda es ganancial del matrimonio formado por este y D<sup>a</sup> Amparo . Considera de aplicación el artículo 400 LEC y que por tanto los hechos y fundamentos jurídicos que hubiera podido alegar en un litigio se considerarán los mismo que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en aquel.

2.- Indica que ha incurrido en error en la valoración de la prueba e infracción de ley y jurisprudencia porque no puede considerarse ganancial la vivienda; no deben incluirse en el inventario los muebles y ajuar doméstico por un valor de 9000 euros; y no deben imponerse las costas a los demandantes.

SEGUNDO.- La excepción de cosa juzgada no puede apreciarse porque, como se indica en la sentencia apelada, el juicio anterior declaró que el Sr. Gustavo no había adquirido por usucapión la vivienda mientras que en el presente procedimiento, en el que se elabora el inventario del activo y pasivo de cada uno de los cónyuges, ninguna de las partes litigantes ha pretendido que conste la vivienda como bien privativo del Sr. Gustavo , ni existe preclusión de hechos conforme al artículo 400.2 LEC porque ninguna de las partes pretende alegar la prescripción adquisitiva de la finca por el Sr. Gustavo . Una vez que la sentencia anterior desestimó que la vivienda fuese privativa del Sr. Gustavo , debe determinarse, conforme a la regulación del régimen económico matrimonial y a las reglas de la accesión, por los motivos que se dirán, si el bien pertenece o no a la sociedad de gananciales.

TERCERO.- En relación con el inmueble litigioso, la sentencia considera acreditado, y la Sala comparte dicha valoración probatoria, que la vivienda habitual del matrimonio formado por D. Gustavo y D<sup>a</sup> Amparo se construyó por D. Gustavo , con anterioridad a la celebración de su matrimonio con D<sup>a</sup> Amparo , sobre un terreno de propiedad ajena a ambos pues pertenecía a la madre de D<sup>a</sup> Amparo . Después de contraer matrimonio el día 08-08-1957, la vivienda fue reformada en diferentes ocasiones con dinero de la sociedad de gananciales. Tras la muerte de la madre de D<sup>a</sup> Amparo , el terreno sobre el que se edificó la vivienda fue adquirido por sucesión hereditaria por D<sup>a</sup> Amparo con carácter privativo.

Partiendo de dichos hechos la resolución recurrida considera, sin embargo, que la construcción de la vivienda se efectuó constante matrimonio con dinero ganancial sobre un terreno privativo de uno de los cónyuges por lo que aplica el artículo 1404 en su redacción anterior a la reforma de 13.05.1981 y, en consecuencia, estima que la vivienda es ganancial y como tal se incluirá en el activo de la sociedad de gananciales pero a su vez dicha sociedad podrá indemnizar al actual propietario del terreno en virtud de la facultad que le confiere el artículo 361 CC .

La Sala no comparte la solución proporcionada por la sentencia de instancia dado que la construcción de la vivienda por D. Gustavo antes de casarse implica que invirtió recursos propios en dicha construcción y en el momento de realizar la edificación lo hizo sobre un predio ajeno, que ni siquiera era privativo de quien sería su futura esposa, sino de la madre de esta, por lo que no resultaba aplicable el precitado artículo 1404 del Código Civil sino el artículo 361 del mismo texto en el que se establece que el dueño del terreno en que se edificar, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa



la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno y al que sembró, la renta correspondiente.

Es por ello que, en puridad, correspondería la opción recogida en el artículo 361 del Código Civil a la madre de D<sup>a</sup> Amparo , y debería resolverse a través del procedimiento correspondiente, si bien, dado que en el presente caso el terreno pasó, tras la muerte de su madre, a ser un bien privativo de D<sup>a</sup> Amparo resulta procedente resolver tal pretensión en el presente procedimiento al seguirse entre los causahabientes del marido y la mujer, entendiéndose que la facultad de opción es ejercitada por los herederos de D<sup>a</sup> Amparo de forma que el bien ha de considerarse privativo de esta, y de conformidad con el citado artículo 361 con remisión a los artículos 453 y 454 ha de establecerse un derecho de crédito frente a D<sup>a</sup> Amparo , privativo de D. Gustavo , respecto del valor de la vivienda construida en terreno ajeno con dinero propio de este y otro derecho de crédito frente a D<sup>a</sup> Amparo a favor de la sociedad de gananciales en relación con la cuantía de las reformas llevadas a cabo en el edificio durante la sociedad de gananciales con dinero ganancial.

CUARTO.- También debe estimarse el motivo invocado por la parte apelante relativo a la valoración del ajuar doméstico que habrá de determinarse en un momento posterior a la formación de inventario contenida en el artículo 809 LEC , a pesar de que se haya incluido en el presente momento procesal en el inventario de la sociedad de gananciales.

QUINTO.-En atención a la naturaleza del presente procedimiento y a las dudas jurídicas que presentaba, no procede la imposición de costas procesales causadas en la instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC ni de las de esta alzada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 del mismo texto legal .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación legal de D<sup>a</sup> Claudia y D. Amadeo contra la sentencia de 13 noviembre de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mondoñedo en el procedimiento núm. 409/2012. se revoca parcialmente en el sentido de incluir en el activo del inventario de bienes de la sociedad de gananciales un crédito frente a D<sup>a</sup> Amparo por la cuantía de las reformas llevadas a cabo en la vivienda conyugal durante la sociedad de gananciales; y como bien privativo de D. Gustavo otro crédito frente a D<sup>a</sup> Amparo respecto del valor de la vivienda del matrimonio; así como reconocer el carácter privativo de D<sup>a</sup> Amparo de la citada vivienda, sin que proceda establecer la valoración del ajuar doméstico en el presente trámite procesal, confirmando todos los demás extremos de la resolución recurrida, sin imposición de las costas procesales de esta alzada.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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