



Roj: **SAP MA 2810/2015 - ECLI: ES:APMA:2015:2810**

Id Cendoj: **29067370052015100551**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **27/10/2015**

Nº de Recurso: **626/2013**

Nº de Resolución: **538/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CUATRO DE ESTEPONA.

JUICIO ORDINARIO NÚMERO 27/2011.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO **626/2013**.

**SENTENCIA Nº 538/2015**

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

Don Hipólito Hernández Barea

Magistrados:

Don José Javier Díez Núñez

*Don Melchor Hernández Calvo*

En la Ciudad de Málaga, a veintisiete de octubre de dos mil quince. Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 27 de 2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Estepona (Málaga), sobre elevación a escritura pública de contrato, seguidos a instancia de doña Antonia , representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Nieves López Jiménez y defendida por la Letrada doña Gabriela Domingo Corpas, contra la mercantil "Cambodunum Sociedad Limitada", representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Márquez García y defendida por el Letrado don Eladio Chacón Macías; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

*PRIMERO* ,- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Estepona (Málaga) se siguió juicio ordinario número 27/2011, del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha veintiocho de enero de dos mil trece se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Antonia , representada pro la Procuradora Sra. González Haro y asistida del Letrado Sr. Domingo Corpas contra la mercantil Cambodunum, Sociedad Limitada, representada en la persona de su administrador único D. Borja , representado por el Procurador Sr. López Guerrero, y asistida del Letrado Sr. Chacón Macías, declaro absolver a D. Borja de las pretensiones que se contenían en su contra en la demanda entablada; ello con imposición a la parte actora de las costas causadas", resolución que fue aclarada por auto de quince de febrero siguiente en el que se acordaba en su parte dispositiva: "Se rectifica sentencia de fecha 28 de enero de 2013 , en el sentido de que donde se dice en el Fallo que cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días, debe decir un plazo de veinte días".



*SEGUNDO* .- Contra la expresada sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, oponiéndose a su fundamentación la adversa demandada, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia en donde al solicitarse práctica probatoria y considerarse la misma impertinente e innecesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación del tribunal la audiencia del día de hoy, quedando a continuación conclusas las actuaciones para deliberación, votación, fallo y redacción de la sentencia.

*TERCERO* .- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*PRIMERO* .- La demandante recurre en apelación la sentencia definitiva dictada en la anterior primera instancia y a cuya virtud se desestimó la demanda promovida por su representación procesal frente a la mercantil Cambodunum, Sociedad Limitada, alegando como motivos: 1º) Infracción de los artículos 209.3 , 208.2 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.3 , 240 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al no entrar la sentencia en lo que se pide en la demanda, desvirtuando los pedimentos de la misma, dado que no reconoce la eficacia de lo que se pactó originariamente en capitulaciones matrimoniales otorgadas por las partes ( artículos 9.2 y 9.3 CC ) con arreglo a la ley personal de los otorgantes y ratificada en toda su extensión en la sentencia de divorcio que sí fue aportada a los presentes por la adversa con su traducción jurada en fecha 18 de enero de 2011 donde se manifiesta que las partes se remiten a las medidas adoptadas en las capitulaciones matrimoniales fechadas el 5 de agosto de 2002, incurriendo la sentencia en clara situación de incongruencia; 2º) Sobre el pacto obligacional de la partes para constituir el derecho de uso y habitación y tener su eficacia en España, pacto con eficacia real ex artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento, ya que queda claro que las partes regularon capitulaciones matrimoniales 3 días antes de su matrimonio con sujeción a la forma y al derecho material alemán, configurando su cláusula 5ª un derecho de uso y habitación originariamente para el caso sobre un inmueble propiedad de la mercantil Camborudum, siendo consciente el Notario alemán de la dificultad que tiene el despliegue de efectos y de presupuestos de validez en España, remitiéndose a la legislación española en todo lo que no protege de validez y/o eficacia el derecho alemán, por lo que debe regir el artículo 10.5, segundo párrafo, CC , "lex rei sitae" , de manera que aunque el pacto o título constitutivo lo configuren ambos cónyuges en Alemania con sujeción a su ley personal, el acuerdo obligacional está sujeto al derecho español por referirse a un inmueble sito en España, todo ello de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Ley Hipotecaria , siendo el caso que la calificación registral no niega la existencia de este derecho de uso y habitación sobre la vivienda referida, sino que deniega la inscripción al faltar cumplimentar para su trascendencia real un desarrollo del título obligacional y por ende real, mediante el otorgamiento de la escritura pública ante fedatario español y 3º) En la demanda se pretendió simplemente que al amparo del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, ex artículo 1091 del Código Civil , unas personales y otras con trascendencia real se procediera a la inscripción del derecho de uso y habitación como se había pactado en las propias capitulaciones matrimoniales, debiendo estarse en cuanto a la intencionalidad de los contratantes a lo establecido en los artículos 1281 y 1282, ambos del Código Civil y en cuanto a la facultad de las partes a exigir de la otra el otorgamiento de la escritura pública conforme al artículo 1279 del Código Civil , siendo prueba de ello que el demandado en la persona de su administrador, conocía y consintió obras en el cortijo a cargo de la actora, incluso posteriores al divorcio como manifestaron la testigo Sra. Evangelina , y Sr. y Sra. Mercedes , llegando a aportar en mejoras y reformas 250.000 euros, habiendo requerido la actora en varias ocasiones a la demandada para presentar los títulos en el Registro de la Propiedad, para acudir al Notario a fin de subsanar los defectos de calificación a los que se negaba, de ahí que se ejercitara una acción de elevación a público de un derecho reiteradamente conocido por las partes no solo por hechos coetáneos, sino posteriores a éstos, motivos los invocados en base a los cuales peticiona del tribunal de alzada el dictado de sentencia por la que con revocación de la apelada acuerde estimar íntegramente el recurso de apelación condenando a la parte demandada en costas de ambas instancias.

*SEGUNDO* .- Planteado en los términos expresados el recurso de apelación frente a la sentencia definitiva dictada en la anterior instancia, desestimatoria de la demanda, se alza la recurrente demandante en disconformidad invocando carencia del exigible presupuesto de congruencia que toda resolución judicial ha de cumplir, pretensión que debe obtener respuesta adversa del tribunal colegiado de alzada a partir del momento en el que el indicado requisito no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, por lo que guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada la armonía entre los pedimentos de las partes con la



sentencia, sin que implique necesariamente su acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que complementan y precisen o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en sus probanzas, porque lo perseguido no es otra cosa que el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad, sin que se produzca incongruencia por el hecho de que el tribunal unipersonal de la instancia no haya tenido en cuenta una determinada prueba documental que fuera aportada convenientemente pro la parte demandada en el curso del proceso, habida cuenta que tal circunstancia, a lo más, vendría a generar un error de valoración probatoria denunciabile a los efectos de una revocación de la sentencia apelada, pero, en modo alguno, productora de esa infracción que se postula en segunda instancia, lo que nos permite acceder a la cuestión de fondo controvertida por la que pretende la demandante, ahora apelante, sea condenada la mercantil demandada, no el ex cónyuge de la Sra. Antonia , a elevar a escritura pública las capitulaciones matrimoniales que en fecha 5 de agosto de 2002 otorgaran ante el Notario alemán don Holger Rosa, que como documento número 5 se acompañara con la demanda rectora del procedimiento del que trae causa el presente recurso de apelación (folios 10 a 24), con la finalidad perseguida de acceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad número Dos de Estepona (Málaga) del derecho de uso y/o habitación que dice le fuera concedido por quien fuera su marido, don Borja , a la sazón administrador único de "Cabodunum S.L.", inscripción registral que le fue denegada a la actora en resolución de 10 de octubre de 2005 por el Registrador de la Propiedad de dicha localidad malacitana en razón, y esto es de sustancial importancia, al hecho de que *"el derecho que se configura en el documento presentado es de carácter personal, estableciendo una mera obligación, a cargo del esposo, por lo que éste queda obligado a disponer en determinado sentido de un inmueble propiedad de una entidad de que es administrador único ..."*, calificación registral desfavorable amparada en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento contra la que se no interpuso recurso gubernativo alguno por la interesada y en que ahora en sede judicial no cabe contradecir, habida cuenta que si bien es cierto, y no puede ponerse en entredicho, que desde un punto de vista doctrinal la forma, ante todo, debe considerarse como un elemento natural de cualquier negocio jurídico, ya que la declaración de voluntad, que es su médula, necesita exteriorizarse, darse a conocer ante los demás,, siendo en tal sentido el término *"forma"* equivalente a medio de exteriorización de la voluntad, representando el tránsito de la intimidad subjetiva -querer interno- a la exteriorización objetiva, y así, por ello, en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la tradición histórica que se remonta al Ordenamiento de Alcalá, sigue un sistema espiritualista expresando en el artículo 1278 del Código Civil que *"los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez"*, concreta el 1279 que *"si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez"* y especifica el 1280.1 como *"deberán constar en documento público: 1º los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles"*, siendo lo cierto que el pacto concertado entre los ex cónyuges consta ya en escritura pública y el no acceso al Registro de la Propiedad obedece a hechos concretos expresados por el calificador registral, no a otros, es decir, a la naturaleza obligacional asumida por quien fuera y es administrador único de la mercantil demandada, sin que sea factible pretender hacer recaer esa carga sobre la persona jurídica demandada que ostenta un patrimonio completamente autónomo y diferente de la persona física por la que es representada, tan es así que consta documentalmente en autos que el acuerdo prematrimonial, posteriormente avalado en sede un procedimiento judicial de divorcio tramitado ante los tribunales alemanes al homologar el convenio regulador de sus efectos, con remisión expresa a las capitulaciones matrimoniales convenidas en escritura prematrimonial en 5 de agosto de 2002, incide directamente sobre intereses de terceras personas ajenas a las relaciones conyugales, según es de colegir del contenido del documento público que obra unido a los folios 48 y siguientes de los autos, lo que incide directamente, a nuestro entender, en la atribución ese derecho objeto de reclamación con naturaleza estrictamente obligacional y, por ende, carente de la imperativa publicidad que se pretende conseguir, dado que siendo cierto que los derechos de uso y habitación reúnen la característica de ser derechos reales, deben siempre entenderse establecidos en cosa cuya propiedad pertenece a otro, lo que significa la imposibilidad de poder constituir uno u otro derecho cuando, la titularidad dominical no pertenecía en su totalidad al ex marido de la demandante, conllevando que esas diferencias patrimoniales que se dejaron entrever en el desarrollo del juicio celebrado en la anterior instancia deban ser solventados entre aquéllos en el curso del procedimiento que corre4sponda, no en este, consideraciones en base a las cuales procede declarar practicar pronunciamiento judicial en alzada desestimatorio de la tesis defendida por la apelante.

**TERCERO** .- De conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , procederá imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,



**FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Antonia , representada en esta alzada pro la Procuradora de los Tribunales Sra. López Jiménez, contra la sentencia de veintiocho de enero de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Estepona (Málaga) en autos de juicio ordinario número 27/2011, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

*PUBLICACIÓN* .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, en la Sala de Vistas de este Tribunal, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDJ