



Roj: **AAP B 685/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:685A**

Id Cendoj: **08019370162019200056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **658/2018**

Nº de Resolución: **53/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA RALLO AYEZCUREN**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178023785

**Recurso de apelación 658/2018 -A**

Materia: Tercería de dominio

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Tercería de dominio 560/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Tesorería Gral. de la Seguridad Social (Dirección Provincial de BCN)

Procurador/a:

Abogado/a:

Parte recurrida: Florinda

Procurador/a: Ana Tarragó Pérez

Abogado/a: Joaquin Massanella Rodriguez

**AUTO Nº 53/2019**

**Magistrados:**

Inmaculada Zapata Camacho

Marta Rallo Ayezuren

Jose Luis Valdivieso Polaino

Barcelona, 6 de marzo de 2019

La Sección 16ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona ha visto, en apelación, los autos de tercería de dominio número 560/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 46 de Barcelona, a instancia de doña Florinda , representada por la procuradora doña Ana Tarragó Pérez y defendida por el letrado don Joaquim Massanella Rodríguez, contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Doña Florinda apeló contra el auto de 26 de marzo de 2018 .



## ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

" Que estimando la tercería de dominio solicitada por el/la procurador/a Sra/a. Tarragó Pérez en nombre y representación de D<sup>a</sup> Florinda contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), ordeno el alzamiento del embargo acordado sobre el inmueble de su propiedad en la c/ DIRECCION000 , NUM000 planta, puerta NUM001 de Murcia, así como la cancelación de la anotación preventiva de embargo en el registro de la Propiedad.

*Se imponen las costas a la TGSS "*.

La TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL apeló contra el auto. Admitido el recurso en ambos efectos, los autos fueron turnados a esta sección, previo emplazamiento de las partes. Comparecida la parte apelante, se siguieron los trámites legales y se señaló para decisión el día 19 de febrero de 2019.

Ha sido ponente la magistrada Marta Rallo Ayezuren.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### *Objeto del litigio*

(I) La resolución impugnada delimita perfectamente el objeto del litigio. Doña Florinda , que instó esta tercería de dominio, alegó que el inmueble embargado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), en virtud de deudas de don Primitivo , esposo de la demandante -inmueble ubicado en la DIRECCION000 , NUM000 planta, puerta NUM001 , de Murcia-, pertenecía en propiedad privativa a la Sra. Florinda y no era un bien ganancial del matrimonio. Por ello, la demandante solicitó que se ordenara alzar el embargo acordado el 3 de marzo de 2015 -y la ampliación de embargo de 15 de noviembre de 2016-, en el procedimiento administrativo de apremio número 080191400321693, y cancelar la anotación preventiva de embargo practicada en el Registro de la Propiedad.

(II) La TGSS se opuso y alegó que el piso pertenecía a la sociedad de gananciales de los cónyuges Sra. Florinda y Sr. Primitivo .

(III) El auto del juzgado consideró acreditado cumplidamente que el bien embargado era de propiedad exclusiva de la demandante, porque, cuando lo adquirió, el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. En consecuencia, estimó la tercería.

(IV) La TGSS apela contra el auto e insiste en el carácter ganancial del bien embargado.

### *Valoración de este tribunal*

#### *La carga de la prueba en la tercería de dominio*

Tal como pone de relieve el auto del juzgado, la carga de la prueba del derecho sobre el bien embargado que faculta para obtener el alzamiento del embargo, pesa sobre el tercerista. Una jurisprudencia consolidada recuerda que la demostración de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, quien deberá acreditar, sin margen de duda, el derecho que invoca, que constituye el presupuesto inexcusable para el éxito de su pretensión (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, STS, número 333/2004, de 10 mayo ).

#### *Las pruebas del juicio*

Los datos obrantes en autos sobre la titularidad del bien y sobre el régimen jurídico patrimonial de los cónyuges Sres. Florinda y Primitivo , casados desde el 18 de junio de 1996, no son claros. Así:

La escritura de compraventa de la finca embargada, otorgada en Murcia el 14 de octubre de 1998, ante el notario don Julio Berberena Loperena, hace constar que la Sra. Florinda está casada bajo el régimen de gananciales y adquiere la finca para su sociedad de gananciales (folios 23 y 25). La finca se inscribió en el Registro de la Propiedad a favor de don Primitivo y doña Florinda , casados en régimen de gananciales (f. 73).

La escritura de compraventa de 19 de junio de 1996, autorizada por el notario de DIRECCION001 don Máximo Catalán Pardo, sobre determinada finca de DIRECCION001 , indica que doña Florinda declara que su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes (f. 48).

En la inscripción de matrimonio de la Sra. Florinda y el Sr. Primitivo , celebrado en DIRECCION002 el 18 de junio de 1996, consta DIRECCION002 como domicilio de los contrayentes.



En esa inscripción de matrimonio hay una anotación, de 6 de noviembre de 2013, conforme a la cual, el régimen económico del matrimonio ha sido modificado al de separación absoluta de bienes, según escritura de 14 de octubre de 2013, autorizada por el notario don José Antonio García Vila, de DIRECCION001 .

Con arreglo al artículo 9.2 del Código civil español (CC), los efectos del matrimonio se regirán: 1) por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; 2) en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; 3) a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y 4) a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

Atendida la ausencia de ley personal común de los cónyuges, puesto que el esposo tiene **nacionalidad** italiana y la esposa, española, y, ante la ausencia de elección de ambos en documento auténtico previo a la celebración del matrimonio (elección que no se alega ni prueba), es aplicable, como ha entendido el Sr. magistrado, el tercer criterio del artículo 9.2 CC : la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

La tercerista sostiene que la residencia habitual común se fijó en DIRECCION001 . Aporta como pruebas documentales:

La escritura de compra del piso de DIRECCION001 cuatro días posterior a la celebración del matrimonio.

El certificado de una guardería de DIRECCION001 conforme al cual, el hijo de los contrayentes estuvo matriculado en ese centro durante el curso 1996/1997 y lo recogían diariamente sus padres (f. 67).

El carnet de vacunación del hijo, nacido en NUM002 de 1996, que indica que recibió vacunas en abril, junio y agosto de 1996 y en mayo y agosto de 1997, en el CAP RAMBLA000 , de DIRECCION001 , y en febrero, julio y octubre de 2010, en el CAP DIRECCION003 , de DIRECCION001 (f. 68).

El informe de vida laboral del Sr. Primitivo , según el cual, desde marzo de 1996 hasta junio de 1999, estuvo trabajando para una empresa domiciliada en Barcelona, uno de cuyos administradores era su esposa, la Sra. Florinda (f. 69 y 70).

El certificado de alta de suministro de energía eléctrica de la vivienda de DIRECCION001 , de 21 de enero de 1994, a nombre de la Sra. Florinda (f. 71).

La demandante aporta también dos testigos, amigos de la familia.

Don Gerardo declara que, en 1995, los Sres. Primitivo y Florinda habían dejado la sede principal de su empresa en Madrid y vivían "prácticamente" en Barcelona; que, en 1996, alternaban Madrid-Barcelona, pero eran bastante estables en Barcelona; que después de la boda vivían en DIRECCION001 ; que, en el verano de 1995, se trasladaron a Barcelona y vivían entre Madrid y Barcelona.

Doña Ascension declara que la Sra. Florinda vivía en DIRECCION002 hasta que se casó, en 1996; que, en 1995, tenía algunos proyectos en Barcelona y que, después de la boda, se trasladó a DIRECCION001 .

Las testificales no son concluyentes y muestran más bien que los cónyuges vivían a caballo entre Barcelona y Madrid. No se aportan documentos de empadronamiento o similares. Pero, aunque pueda concluirse, como el juez, que la primera residencia de los cónyuges tras el matrimonio fue en DIRECCION001 , la cuestión controvertida no queda debidamente despejada.

El artículo 231-10 del Código civil de Cataluña (CCC) establece que el régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos (apartado 1) y que si no existe pacto o si los capítulos matrimoniales son ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes (apartado 2). También el artículo 1325 CC establece la prioridad del régimen económico patrimonial pactado, para quienes tienen como ley personal ese código.

En el caso de autos, la tercerista alega que los Sres. Florinda y Primitivo no han otorgado capitulaciones matrimoniales en ningún momento anterior o posterior a la celebración del matrimonio. Sin embargo, no explica el porqué de la anotación operada el 6 de noviembre de 2013, en la inscripción de matrimonio, según la cual, el régimen económico del matrimonio ha sido modificado por el de separación absoluta de bienes, según escritura de 14 de octubre de 2013, autorizada por el notario don José Antonio García Vila, de DIRECCION001 , y no aporta esa escritura al proceso ni al expediente de la TGSS, pese a su manifiesta relevancia.

Por tanto, lo que se ha probado es que, en 2013, es decir, quince años después de la compraventa de la vivienda embargada -que, recordemos, la Sra. Florinda dijo que adquiriría para la sociedad de gananciales-, los cónyuges otorgan una escritura pública -es la forma que deben revestir las capitulaciones matrimoniales 1327 CC- por la que modifican el régimen económico del matrimonio y establecen el de separación de bienes.



Como se ha dicho al principio, la carga de la prueba de la titularidad dominical del tercerista pesa sobre este. A ello debe añadirse, en nuestro caso, el principio de disponibilidad y facilidad probatoria ( artículo 217.7 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC ), que obliga a valorar en contra de la tercerista la llamativa ausencia en el pleito de la escritura otorgada por la Sra. Florinda y su esposo en 2013 y a atender al contenido, no desvirtuado, de la anotación registral del cambio de régimen económico matrimonial.

Lo expuesto ha de conducir a la estimación del recurso y a la desestimación de la demanda de tercería de dominio, sin perjuicio de las acciones de reivindicación que, con el efecto de cosa juzgada del que esta tercería carece, puedan resolver, con carácter definitivo, la controversia sobre la titularidad de los bienes.

#### **La ausencia del embargado**

**Dentro de los preceptos reguladores de la tercería de dominio, el artículo 600 LEC establece que "la demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado". Añade que "aunque no se haya dirigido la demanda de tercería frente al ejecutado, podrá éste intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería, a cuyo fin se le notificará en todo caso la admisión a trámite de la demanda para que pueda tener la intervención que a su derecho convenga".**

**Examinadas las actuaciones, no consta que el juzgado notificara al Sr. Primitivo la admisión a trámite de la demanda, como exige el precepto citado. Tampoco ninguna de las partes solicitó esa notificación -aunque parece que el embargado presenció la vista del juicio-. En la medida que no se alega que fuera el Sr. Primitivo quien designó el bien embargado por la TGSS, no habría un defecto litisconsorcial. Este dato, la decisión desestimatoria de la tercería y la ausencia de cosa juzgada del pronunciamiento que se dicta en este juicio, junto con los estrechos límites de la posibilidad de declarar de oficio en el recurso una nulidad de actuaciones no solicitada ( artículo 240.2.II de la Ley orgánica del poder judicial ), determinan que en este auto nos limitemos a dejar constancia del defecto y a ordenar que la resolución se notifique al ejecutado.**

#### *Costas*

Estimado el recurso, no procede imponer las costas de la apelación ( artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil ).

Las costas de la primera instancia serán de cargo de la tercerista, cuya demanda se desestima ( artículo 394.1 LEC ).

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra el auto dictado el 26 de marzo de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia número 46 de Barcelona , en la tercería de dominio número 560/2017, instada por doña Florinda , contra la TGSS.

Revocamos el auto del juzgado.

Desestimamos la demanda de tercería.

Se imponen las costas de la primera instancia a la tercerista.

Sin imposición de las costas de la apelación.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento. El juzgado notificará al embargado la existencia del procedimiento de tercería y el auto que lo resuelve.

Así por este auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.