



Roj: **SAP IB 2607/2002 - ECLI: ES:APIB:2002:2607**

Id Cendoj: **07040370032002100609**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **10/10/2002**

Nº de Recurso: **377/2002**

Nº de Resolución: **538/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO ROSELLO LLANERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo: RECURSO DE APELACION 377 /2002

SENTENCIA NUM 538

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D. Carlos Gómez Martínez.

MAGISTRADOS:

Dña. María Rosa Rigo Rosselló.

D. Guillermo Rosselló Llaneras.

Palma de Mallorca, a diez de octubre de dos mil dos.

VISTOS por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, juicio menor cuantía, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma, bajo el nº 265/00, Rollo de Sala nº 377/02, entre partes, de una como actora - apelante D. Esteban , representada por el Procurador Dña. María Ellen Dols Winkler, y de otra, como demandada- apelada Dña. María Purificación , en constante y voluntaria rebeldía, asistida la primera de su letrado Dña. Juana María Mercadal Mayol. ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. Guillermo Rosselló Llaneras

=ANTECEDENTES DE HECHO=

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma, en fecha 1 de febrero de 2002, se dictó sentencia, cuyo fallo dice:" QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda presentada por la Procuradora Sra. Dols Winkler en nombre y representación de D. Esteban contra Dña. María Purificación , el cual deberá satisfacer las costas si se hubiesen generado".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se preparó e interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora, que fue admitido, y seguido el recurso por sus trámites se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10 de octubre del presente año, quedando el presente recurso vista para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen
PRIMERO.- La sentencia de instancia, aún admitiendo el carácter privativo del dinero con que el esposo demandante adquirió la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 , puerta NUM002 , de la barriada del Molinar de esta ciudad de Palma, al provenir íntegramente de la venta de bienes inmuebles privativos, decide desestimar la demanda instauradora por la que se interesa se declare que la indicada vivienda es



bien privativo y de la exclusiva propiedad del demandante, sin formar parte de la sociedad de gananciales existente desde la celebración del matrimonio con la demandada doña María Purificación , con la consiguiente rectificación de la escritura pública de fecha 12 de marzo de 1998 e inscripción registral en la que se hizo constar, erróneamente, que la adquiría para su sociedad conyugal, por entender la juez a quo que es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 1.355 del Código Civil y, además, resultar poco convincente atribuir a un simple error la mención que el actor adquiría la vivienda para su sociedad conyugal hallándose separado de hecho de su esposa. No se muestra conforme con dicha resolución la parte demandante y la apela alegando la infracción por aplicación indebida del citado artículo 1.355 del Código Civil al no existir acuerdo entre, los cónyuges, ciertamente no alegado ni probado al permanecer la esposa en voluntaria rebeldía, y quedar acreditado el error padecida por la testifical practicada, por lo que solicita su total revocación.

SEGUNDO .- Indiscutido en el presente litigio que el bien adquirido por el esposo lo fue con dinero proveniente de la venta de bienes privativos adquiridos antes de comenzar la sociedad, y que al otorgarse la escritura pública de compraventa se hizo constar que adquiría la vivienda para su sociedad conyugal cuando los esposos se hallaban separados de hecho, la única cuestión que se somete a la decisión de este tribunal es la de si, como entiende la sentencia apelada, es de aplicación al caso el pacto de ganancialidad que prevé el artículo 1.355 del Código Civil, o si, por el contrario y como mantiene la parte apelante, prevalece la condición de bien privativo que recoge el número 3º del artículo 1.346 al haber sido adquirido "a costa o en sustitución de bienes privativos". Pues bien, en primer lugar, la afirmación contenida en la escritura pública de compraventa que don Esteban compra la finca para su sociedad conyugal y la posterior inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad a favor de los esposos no puede prevalecer frente a la realidad extrarregistral al quedar plenamente probado que la adquisición de llevó a cabo después de la separación de hecho de los esposos y con dinero propio del marido proveniente de la venta de otros bienes privativos, y a que como recuerda la reciente S.T. S. de 7 de septiembre de 2001 "es evidente que la escritura relativa a la vivienda litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Granada "para la sociedad de gananciales" de los litigantes, de manera que opera aquí la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria , que es una "praesumptio iuris" del tipo de las "iuris tantum" y, por consiguiente, susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de que el Registro está equivocado por discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, y...", ya que, en definitiva, la escritura pública da fe de las manifestaciones de la parte pero no de la veracidad de las mismas, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario. En segundo lugar, el ámbito de aplicación del pacto de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil, al disponer que "podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a las bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga...", queda limitado a permitir a los cónyuges optar por la calificación de ganancial de un bien cuando su carácter de tal no venga determinado por aplicación de las normas imperativas de los artículos 1.346.3 y 1.347.4, y en el caso, aparte de no existir acuerdo de los cónyuges al realizarse la adquisición sólo por el esposo separada de hecho, lo cierto es que el carácter de privativo viene legalmente determinado por lo dispuesto en los citados artículos de aplicación preferente o imperativa, "son bienes privativos...son bienes gananciales...", los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (artículo 1.346.3º), los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los esposos (artículo 1.347.3º). Por todo lo expuesto procede estimar el recurso y revocar íntegramente la sentencia de instancia al no existir duda alguna de que el bien fue adquirido a costa de bienes privativos del esposo, y estimarse que el hecho de que la escritura públicas se hayan otorgado durante la unión matrimonial legal, no atribuye el carácter ganancial que se predica respecto a dicho inmueble, pues además de no existir acuerdo alguno de los cónyuges de atribuir dicha condición a la referida vivienda (art. 1355 del Código Civil), la misma sólo da fe de lo manifestado por el comprador pero no de la realidad de la calificación del bien adquirido como privativo y no ganancial - SS.T.S. 24 de febrero de 2000 y 23 de febrero de 1993-.

TERCERO.- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 523 de la L.E.C. de 1881, al haber sido emplazada la demandada por edictos y permanecido en voluntaria rebeldía al no personarse tras ser hallada para rendir confesión interesando la nulidad por defectos de emplazamiento, procede hacer uso de la facultad contenida en el párrafo primero del citado artículo y no hacer especial declaración sobre las costas de la primera instancia, sin que, con respecto a las de esta alzada, proceda hacer especial pronunciamiento en virtud de lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 al estimarse el recurso de apelación.

FALLAMOS

ESTIMANDO el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador Dña. María Ellen Dols Winkler, en nombre y representación de D. Esteban , contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 2002, dictada por la Ilma.



Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Palma, en los autos Juicio menor cuantía, de los que trae causa el presente Rollo, DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS en todos sus extremos, y en su lugar ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el referido Procurador en el nombre y representación citados, contra Dña. María Purificación , DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS:

1.- Que la planta baja de la CALLE000 número NUM000 puerta NUM002 del Molinar, inscrita en el Registro de la Propiedad número Uno al folio NUM003 del Tomo NUM004 , libro NUM005 de Palma, Sección IV, finca número NUM006 , inscripción 5ª, es un bien privativo de don Esteban al haberse adquirido con dinero procedente de la venta de bienes privativos y, por ello, es de su exclusiva propiedad sin formar parte de la sociedad de gananciales existente con doña María Purificación . 2.- Que como consecuencia de ello, debe rectificarse la escritura de fecha 12 de marzo de 1998 otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Baleares don Miguel Mulet Ferragut en el sentido siguiente: donde dice "Primero.- DON Matías vende la finca descrita en el expositivo I de esta escritura, a DON Esteban , quién la compra para su sociedad conyugal.." , debe, sustituirse, por "Primero.- DON Matías vende la finca descrita en el expositivo I de esta escritura, a DON Esteban , quién la compra para sí con el carácter de bien privativo...", ordenando, consecuentemente, la inscripción de la rectificación en el Registro de la Propiedad; CONDENANDO a la demandada doña María Purificación a estar y pasar por las anteriores declaraciones, todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas de la primera instancia. No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevar certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos firmamos.