



Roj: **SAP T 769/2018 - ECLI:ES:APT:2018:769**

Id Cendoj: **43148370012018100281**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **662/2017**

Nº de Resolución: **258/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO CARRIL PAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4316342120158162303

Recurso de apelación 662/2017 -U

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de El Vendrell (UPAD)

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 514/2015

Parte recurrente/Solicitante: Custodia

Procurador/a: Clara Solaz Cortes

Abogado/a: Carlos M. Benito Nuñez-Lagos

Parte recurrida: Dulce , Alberto ,

Procurador/a: Maria Del Carme Cararach Gomar

Abogado/aARTURO CANELA GIMÉNEZ

SENTENCIA N° 258/2018

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Antonio Carril Pan

Magistrados

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

En Tarragona, a 13 de junio de 2018.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Custodia , representada por la Procuradora Sra. Solaz y defendida por el Letrado Sr. Núñez Lagos, en el Rollo nº 662/2017, derivado del procedimiento ordinario nº 514/2015 del Juzgado de Primera instancia UPSD nº 5 del Vendrell,



al que se opusieron Alberto y Dulce, representados por la Procuradora Sra. Cararach y defendidos por la Letrado Sr. Canela, y Diego, que desistió del recurso después de haberse personado en la instancia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por, Doña Custodia, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Grech Navarro, frente a Don Alberto, Doña Dulce, representados por la Procuradora Sra. Cararach, y Don Diego, representado por el Procurador, Sr. Simó, sobre acción declarativa del derecho de propiedad, absolviendo a las codemandadas de todos los pedimentos en su contra formuladas, con condena en costas a la demandante".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Custodia, en base a las alegaciones que son de ver en el escrito presentado.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, Alberto y Dulce formularon oposición.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelación se alza contra la desestimación de la pretensión de declaración de propiedad de la mitad indivisa de la vivienda que fue de la actora y de su marido (finca registral NUM000, sita en la URBANIZACIÓN000 de Calafell) y que embargaron los codemandados por deudas del marido al constar inscrita como bien ganancial, a lo que apone la demanda que la vivienda fue adquirida cuando ella y su marido estaban casados en régimen de separación de bienes y no gananciales, por lo que invoca error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Para resolver procede partir de los siguientes hechos:

La actora se casó con Diego, de **nacionalidad** italiana, el 8/7/1991 en Nápoles. Diego solicitó visado de residencia por trabajo por cuenta ajena para trasladarse a España el 19/11/1991; se inscribió en el Registro de Ciudadanos de la Unión el 23/12/1991; el primer hijo del matrimonio, Patricia, nació en Barcelona el NUM001/1991; el 2/1/1992 Diego formaliza contrato de trabajo en Barcelona; la historia laboral de Custodia comienza el 1/4/1980, es baja en 1989 y se reanuda en 19/5/1992; la vida laboral de Diego comienza el 2/1/1992; la primera declaración del IRPF de ambos es la del año 1992; la fecha de inscripción de Custodia en el archivo mecanizado del padrón municipal de Barcelona de Custodia data de 3/7/1992, y se hizo en el domicilio sito en las DIRECCION000 NUM002, NUM003.

El 10/7/2002 Custodia y Diego compraron en escritura notarial como empresarios, casados en régimen de gananciales, la vivienda de planta NUM004, puerta NUM005, de la escalera NUM006, del edificio sito en el complejo urbanístico designado como URBANIZACIÓN000, del término de Calafell, y manifestaron en la escritura que la compraban para su sociedad conyugal de gananciales.

En la escritura de adjudicación en pago de deuda de una finca, de fecha 14/4/2010, reiteraron que su régimen legal matrimonial era el de gananciales y de comunidad de bienes italiano y que adquirirían la finca para su comunidad de gananciales y para su comunidad de bienes. En escritura de 13/1/2011 de compraventa de participaciones sociales, Diego hizo constar que estaba casado en régimen de separación de bienes. En acta de manifestaciones de 1/8/2012 Custodia hizo constar que estaba casada en régimen de separación de bienes.

El 30/4/2012 el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, en procedimiento de ejecución provisional 144/2011, dictó decreto de mejora de embargo sobre la finca registral NUM000, propiedad de Diego y se acuerda notificar el embargo a Custodia. El 15/9/2012 se procedió a la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad.

El 8/4/2013 Diego y Custodia otorgaron escritura de rectificación de la escritura de compraventa para hacer constar que su régimen legal era el de separación de bienes desde su matrimonio.

Custodia formuló tercería de dominio, que fue desestimada por auto de 10/12/2013, que apelado fue confirmado el 19/3/2015.



El 22/9/2015 se celebró la subasta de la vivienda y 21/9/2015 (sic) se dictó decreto por el Juzgado nº 3 Mercantil de Barcelona aprobando el remate en favor de los demandados

TERCERO.- La apelación pretende que la resolución se efectuó sobre la base de apreciar que la residencia habitual del matrimonio fue Barcelona porque fue la primera en la que establecieron la vida en común, y para ello invoca una serie de resoluciones del TS que vienen a fijar el contenido de residencia habitual

La primera de las sentencias invocadas en la nº 340/2012 (equivocadamente invoca la 342/2012) de 31 de mayo , que establece:

La aplicación del Art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC , en relación al domicilio de los cónyuges.

La segunda resolución que invoca es la de 30/1/1993, que se refiere al art 40 del CC y en la que se señala:

El referido precepto sustantivo sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales, al hacer referencia para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones civiles el del lugar de su residencia habitual y en su caso, el que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero el concepto del domicilio abarca una dimensión plural amplia, pues aparte del real, que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar o como también ha sostenido esta Sala en forma objetivada (Sentencias de 3 de diciembre de 1955 y 18 de mayo de 1956), al tenerse sólo en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas. También prevén los ordenamientos los denominados domicilios legales, así como las vecindades administrativas -no coincidentes siempre con el efectivo domicilio (Sentencia de 8 de marzo de 1983)-, los de los comerciantes (art. 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y otros, como los de naturaleza exclusivamente procesal, foral, internacional, social, diplomática, de militares, domicilios oficiales, etc. Juntamente a éstos existe el denominado domicilio electivo, en virtud del cual los interesados en un determinado negocio prescinden de la domiciliación propia, para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual que crean -domicilio por designación o afectivo-, produciendo así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante por no prohibirlo expresamente el citado art. 40 del Código Civil .

Como se ve, esas resoluciones, que se ocupan de otros supuestos diversos al presente, no tiene aplicación al supuesto de autos, y ello debido a que la pretensión de la apelación, que no puede dejar de reconocer que los esposos no fijaron su domicilio en Barcelona inmediatamente después de contraer el matrimonio, ya que está probado que al menos el marido permaneció en Italia por ciertos meses, pretende fijar el régimen económico matrimonial en base a lo que pretende ha sido el primer domicilio familiar, que sostiene fue el de Barcelona, pero ello supone la tergiversación de los criterios de determinación fijado en el art. 9.2 del CC en forma sucesiva, y así el precepto dispone que:

Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; 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; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

Es claro que se fijan varias reglas de determinación de sucesiva aplicación:

1º) La ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, que en el caso de autos no existía, pues ella era española y el italiano

2º) 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. Este supuesto exige elección expresa y en forma, que no existió.

3º) A falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración. En este caso no se trata, como pretende la apelación, de la primera residencia habitual sino de la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y es esa inmediatez la que no se dio en el caso del matrimonio de la apelante, pues como ya se dijo el marido no entro en España hasta noviembre o diciembre de 1991, y ello obliga a la aplicación del cuarto criterio: a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.



De lo referido resulta que habiendo sido Nápoles el lugar de celebración del matrimonio, los efectos del matrimonio se regirán por la Ley italiana que consagra un régimen similar al de gananciales. Por lo referido no cabe concluir que los esposos se hubieran casado en régimen de separación de bienes ni que la apelante hubiera adquirido como bien privativo la mitad indivisa de la casa cuya declaración de dominio pretende, por lo que se desestima la demanda.

A lo anterior cabe agregar que esa solución viene ratificada y es coherente con el propio comportamiento de los compradores, que a la hora de comprar su propiedad reconocieron que el régimen suyo era el de gananciales y lo volvieron a ratificar en otra adquisición posterior, y si bien la apelación cree que no es lógico que prime la inmediatez sobre la voluntad de las partes, ello no es más que fruto del olvido de que los criterios del art. 9.2 son criterios legales imperativos que tratan de cubrir las eventualidades posibles, y que si se aplicase el criterio de la apelación y el marido hubiera muerto antes de trasladarse a Barcelona, el matrimonio no tendría régimen legal. Como señaló el TSJC en su sentencia de 22/9/2008, "El régimen económico matrimonial, sea el legal supletorio sea el que las partes hayan dispuesto en virtud de su libertad de pacto, es inmutable salvo nuevo acuerdo, de modo que el cambio de **nacionalidad** o vecindad civil o residencia no le afecta. Esa inmutabilidad proclamada sin discusión por la doctrina y la jurisprudencia guarda relación con la seguridad jurídica, y con las expectativas y derechos adquiridos por las partes y por los terceros durante el matrimonio.

A lo anterior cabe añadir que si bien es cierto que al pedir Diego su residencia en España señaló que residía en la Plaza Huesca, también lo es que en el documento se le pedía que especificase desde cuando y ello no consta, de lo que se deriva que el documento ha de ser interpretado por su contenido y no por suposiciones interesadas, y si Diego dijo en el juicio que inmediatamente después de contraer matrimonio se trasladaron a Barcelona, esas declaraciones interesadas no pueden ser aceptadas al estar en franca contradicción con la prueba documental obrante en autos, ante la que ha de ceder una prueba testifical de ninguna credibilidad, y lo lógico y legal es estar a las pruebas obrantes y a los actos de los contrayentes posteriores que confirmaron su régimen de gananciales, que comenzaron a cambiar en función de los problemas judiciales que surgieron y con un claro fin de perjudicar los derechos legítimos de los demandados, y por lo que se refiere a la escritura de rectificación, ello no es más que un acto de parte que ningún valor probatorio tiene respecto de una realidad legalmente establecida, y si bien la declaración del régimen en escritura pública no hace prueba del régimen legal, lo cierto es que esa conducta si cabe tenerla en consideración en orden a la confirmación del mismo en el caso de sea coherente con la realidad legalmente establecida, al tiempo que la actuación posterior de las partes pueden tomarse en consideración para valorar los propósitos que confirman la intención de tergiversar las realidades jurídica en base a pretensiones espurias.

CUARTO.- Que la desestimación del recurso planteado obliga a hacer imposición de costas a la parte recurrente por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que declaramos **NO HABER LUGAR** a la apelación interpuesta por Custodia, contra la sentencia dictada el 26 junio de 2017, por el Juzgado de 1ª Instancia nº UPSD nº 5 del Vendrell, cuya resolución confirmamos, con imposición de costas del recurso a la parte apelante.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 - *Disposición Final 16ª LEC*), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.