



Roj: **SAP B 11215/2020 - ECLI:ES:APB:2020:11215**

Id Cendoj: **08019370172020100217**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **23/11/2020**

Nº de Recurso: **1032/2019**

Nº de Resolución: **297/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA NINOT MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Barcelona, núm. 34, 22-11-2019 (proc. 260/2018),
SAP B 11215/2020**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188058357

Recurso de apelación 1032/2019 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 260/2018

Parte recurrente/Solicitante: Carlos

Procurador/a: Marta Navarro Roset

Abogado/a: Olga Rubio Giménez

Parte recurrida: Francisca

Procurador/a: Alex Martinez Batlle

Abogado/a: Verónica Elvira Fernández

SENTENCIA N° 297/2020

Magistrados:

Paulino Rico Rajo

Ana Maria Ninot Martinez Maria Sanahuja Buenaventura

Barcelona, 23 de noviembre de 2020

Ponente: Ana Maria Ninot Martinez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 22 de noviembre de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 260/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Marta Navarro Roset, en nombre y representación de Carlos contra Sentencia de 22/07/2019 y en el que consta como parte apelada el Procurador Alex Martínez Batlle, en nombre y representación de Francisca .

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" **ESTIMO** la demanda formulada por D^a Francisca , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Alex Martínez Batlle y asistida por la Letrada Sra. Verónica Elvira Fernández, contra D. Carlos , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Marta Navarro Roset y asistido por la Letrada Sra. Olga Rubio Giménez, y en consecuencia:

ACUERDO la división del bien común consistente en: **finca sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona, la cual deberá realizarse en la forma prevista en el art. 552 del CCC** : 11.5: a) si sólo uno de los copropietarios tuviera interés, se adjudicará al mismo, previo pago a los restantes copropietarios del valor pericial de tasación en proporción a sus respectivas cuotas; b) en caso de interés y participación iguales decidirá la suerte; y c) si ninguno de los cotitulares tuviera interés, se venderá y repartirá el precio; y

CONDENO al demandado a abonar la suma 692,38 euros en concepto de IBI y de comunidad, más las cantidades que por estos dos conceptos se devenguen en lo sucesivo.

Y todo ello, con expresa imposición de las costas de la demanda a la parte demandada.

DESESTIMO la demanda reconventional formulada por D. Carlos contra D^a Francisca , absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra, con condena en costas."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 18/11/2020.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Ana Maria Ninot Martinez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como antecedentes necesarios para la resolución del recurso, hemos de mencionar los siguientes:

- 1) Carlos y Francisca contrajeron matrimonio el día 31 de agosto de 1969, no habiendo tenido descendencia.
- 2) En virtud de escritura pública otorgada en fecha 16 de marzo de 1994, los cónyuges compraron la vivienda sita en la calle DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona, haciendo constar en la escritura que estaban casados bajo el régimen de gananciales.
- 3) Francisca falleció en Barcelona el día 12 de diciembre de 2015, habiendo otorgado su último **testamento** en fecha 28 de julio de 1999 en el que instituye heredera de sus bienes a su hermana Francisca .
- 4) En escritura de 29 de julio de 2016, la heredera Francisca procedió a la aceptación y adjudicación de la herencia de su hermana, incluyendo como bienes de la herencia la mitad indivisa de la vivienda de la calle DIRECCION000 , respecto de la cual la compareciente manifiesta que si bien la titularidad registral de la finca consta "para su sociedad conyugal", en realidad ostentaban el régimen legal de separación de bienes por tener vecindad civil catalana en el momento de la celebración del matrimonio, y lo saldos de dos cuentas bancarias por importes de 12.304,97 € y 82.000 €.

SEGUNDO.- El presente procedimiento se inició por demanda de juicio ordinario formulada por Francisca contra Carlos en la que la parte actora solicita que se declare la extinción de la comunidad existente respecto de la vivienda sita en Barcelona, Calle DIRECCION000 nº NUM000 , se proceda a la venta en pública subasta con intervención de licitadores y consiguiente reparto del producto obtenido de la misma entre los condueños en proporción a sus cuotas y se condene al demandado al pago de la cantidad de 692,38 € más las cuotas de IBI y comunidad de propietarios que se vayan devengando.

La actora ejercita acumuladamente la acción de división de cosa común regulada en el art. 552.10 del Código Civil de Catalunya y la acción de reclamación de cantidad de la mitad del importe del IBI y de las cuotas de la comunidad de propietarios que han sido abonados por la demandante desde la aceptación de la herencia en julio de 2016.



A la pretensión deducida se opuso el demandado Carlos que, alegando el carácter ganancial de la vivienda, formula reconvencción en la que solicita que se liquide el régimen económico de gananciales vigente hasta el momento de la defunción de Francisca y se dicte sentencia por la que se apruebe el inventario propuesto en el que se incluye como activo la mitad indivisa de la vivienda de la calle DIRECCION000 y los saldos bancarios por importes de 12.304,97 € y 82.000 €, fijando en 65.452,48 € la cantidad que le corresponde en la liquidación de la sociedad de gananciales y que debe ser abonada por la heredera.

La actora reconvenida se opuso a la reconvencción defendiendo que el régimen aplicable al matrimonio de la difunta Sra. Francisca y el Sr. Carlos es el de separación de bienes y no el de gananciales y que en todo caso el único bien que formaría parte del activo de la sociedad conyugal sería la vivienda pero no los saldos bancarios que serían de titularidad privativa de la esposa.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona estima la demanda formulada por Francisca, acordando la división del bien común consistente en la vivienda de la c/ DIRECCION000 nº NUM000 de Barcelona que deberá hacerse en la forma prevista en el art. 552 del CCC y condenando al demandado a abonar la suma de 692,38 € en concepto de IBI y comunidad más las cantidad que por estos conceptos se devenguen en lo sucesivo, con imposición de las costas a la parte demandada; y desestima la reconvencción formulada por Carlos, con condena en costas.

Frente a dicha resolución se alza el demandado reconviniendo Carlos que recurre en apelación en la que solicita la revocación de la sentencia y la estimación de la reconvencción. La actora, por su parte, se opone al recurso y muestra su conformidad con la sentencia impugnada cuyo íntegra confirmación interesa.

TERCERO.- En su primer motivo de apelación, el recurrente impugna el fundamento de derecho Segundo de la sentencia en la que la Juzgadora concluye que, a pesar de constar en la escritura de compraventa que los esposos estaban casados en régimen de gananciales, el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, lo que le lleva a desestimar la demanda reconvenccional.

La sentencia razona que: 1) no es posible traer a colación en sede de juicio ordinario las normas propias del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, que tienen una tramitación especial y autónoma; 2) la Compilación de Derecho Civil de Catalunya de 1960, vigente en el momento del matrimonio, establecía que en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, el régimen económico supletorio del matrimonio era el de separación de bienes; 3) el art. 9.2 CC, en su redacción vigente al tiempo de contraer matrimonio establecía la ley nacional del marido como único punto de conexión residual para la determinación de la ley aplicable en defecto de acuerdo, precepto que fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2002; 4) resulta de aplicación el art. 9.2 CC en su redacción dada por la Ley de 15 de octubre de 1990 que establece que los efectos del matrimonio, en defecto de ley personal común, se regirán 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; 5) no consta la vecindad civil del Sr. Carlos en el momento de contraer matrimonio pues nació en Bcares (Almería) y no consta la fecha en que se instaló en Barcelona; la vecindad civil de la Sra. Francisca era la catalana; el primer domicilio común de la pareja inmediatamente posterior al matrimonio fue Barcelona, motivo por el cual debe aplicarse la Compilación, concluyendo por ello que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes.

El recurrente funda su recurso básicamente en el argumento de que el régimen económico del matrimonio formado por el Sr. Carlos y la Sra. Francisca era el de gananciales porque así lo declararon los cónyuges cuando compraron la vivienda. Conforme a ello, según el apelante, resulta irrelevante cual sea la vecindad civil y aun ostentando la vecindad civil catalana ello no es impedimento para que el régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales porque así lo habían declarado los esposos. El demandado reconviniendo reprocha a la juzgadora de instancia haber prescindido de un documento que estima esencial como es la notificación de calificación negativa de la registradora de la propiedad (folios 119 y 120) en la que se suspende la práctica del asiento de inscripción de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por la demandante Francisca porque del Registro resulta que la causante estaba casada y el bien estaba inscrito para la sociedad de gananciales formada por su consorte. El recurrente, transcribiendo el contenido de esa calificación, alega que para efectuar la rectificación del régimen económico matrimonial es necesario el consentimiento del Sr. Carlos, citando la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 4/02/1999 ratificada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual el régimen aplicable es el manifestado por los interesados, no pudiendo aplicarse uno diferente por la mera manifestación de la interesada, que en este caso ni tan sólo era parte del matrimonio.

El argumento del recurrente no puede ser atendido.

El recurrente parte de la premisa de que los cónyuges contrajeron matrimonio bajo el régimen económico de gananciales y tal premisa es errónea. El Sr. Carlos y la Sra. Francisca no otorgaron capitulaciones



matrimoniales, por lo que el régimen económico aplicable a su matrimonio era el supletorio. Y como acertadamente razona la Juzgadora de instancia y corrobora la Sala, el régimen supletorio era el de separación de bienes. En este punto, hacemos nuestros los razonamientos contenidos en la sentencia en orden a la determinación del régimen supletorio aplicable, expuestos anteriormente, y en respuesta a las alegaciones del apelante debemos hacer las consideraciones siguientes:

a) La juzgadora no fundamenta su decisión en un juicio de valor, como afirma el recurrente, sino que aplica la ley, en concreto la Comptabilitat de Dret Civil de Catalunya y el Código Civil, para determinar el régimen económico del matrimonio, siendo totalmente irrelevante la mención que el recurso hace a la ley del divorcio.

b) Cuando la Juzgadora alude al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, lo hace únicamente para justificar por qué no era de aplicación el artículo 9.2 CC en su redacción vigente al tiempo de la celebración del matrimonio, sin que ello pueda ser calificado de injustificado habida cuenta que el citado precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia de 14 de febrero de 2002.

c) No es aceptable la afirmación contenida en el recurso según la cual " *la juzgadora reconoce no poder acreditar que régimen económico era el vigente y que "por lo tanto a pesar de constar en la escritura de compraventa que los esposos estaban casados en régimen de gananciales considero que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes", es decir, aunque se ha acreditado que REM era el vigente, opino lo contrario por cuanto entiendo que la vecindad civil que debe prevalecer es la de la Sra. Francisca frente a su esposo* ". No es verdad que la Juzgadora haga tal reconocimiento; lo que dice la Juez es que, a falta de capítulos matrimoniales que acrediten el régimen del matrimonio, es necesario determinar qué régimen supletorio es el aplicable y así lo hace. Y, por supuesto, su decisión no es en absoluto arbitraria, sino que está suficientemente motivada y, además, correctamente.

d) El demandado se hace valer de la calificación negativa de la registradora de la propiedad, pero no sirve para fundar su pretensión. La calificación necesariamente había de ser negativa porque existe una contradicción entre el Registro y el contenido de la escritura que se pretende inscribir. Las resoluciones que cita el apelante se refieren a la imposibilidad de que uno solo de los consortes modifique el régimen económico del matrimonio, siendo necesario el consentimiento del otro cónyuge. Pero no es éste el supuesto planteado en el caso enjuiciado.

e) El recurrente alega también que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sin cita de ninguna sentencia, por cierto) declara que el régimen aplicable es el manifestado por los interesados. Efectivamente, los cónyuges pueden elegir qué régimen económico va a regir su matrimonio, excluyendo así la aplicación del supletorio, pero deben hacerlo en capitulaciones matrimoniales. Esto es, no basta con la mera manifestación de los cónyuges sin sujeción a forma.

f) En nuestro caso, resulta que siendo el régimen económico del matrimonio el de separación de bienes, porque los cónyuges no otorgaron capítulos matrimoniales y era el régimen supletorio aplicable, los consortes manifiestan adquirir la vivienda para su sociedad de gananciales. De aceptar la tesis del recurrente, se estaría permitiendo excluir la aplicación del régimen supletorio sin cumplir con las formalidades legales, que exigen el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en escritura pública.

Así pues, el motivo se desestima, siendo innecesario, por ello, examinar las alegaciones del recurso sobre el fundamento tercero de la sentencia ya que traen causa del motivo anterior.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la desestimación del recurso, se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Carlos contra la sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona en Procedimiento Ordinario núm. 260/2018, que confirmamos íntegramente, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Procede transferir a la cuenta bancaria correspondiente el depósito constituido por la parte recurrente, devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia y archivar el presente procedimiento.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.



También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

*En aplicación del Real Decreto-ley 16/2020 y de la Orden JUS/394/2020, dictados con motivo de la situación sobrevenida con motivo del **COVID-19**, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización:*

- *La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- *Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- *Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*