



Roj: **SAP O 1509/2013 - ECLI:ES:APO:2013:1509**

Id Cendoj: **33044370012013100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2013**

Nº de Recurso: **71/2013**

Nº de Resolución: **165/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00165/2013

SENTENCIA nº 165/13

RECURSO APELACION 71/13

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

ILma. Sra. D^a. Paz Fernández Rivera González

Oviedo, a veinticuatro de mayo de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de JUICIO VERBAL 492 /2011, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CANGAS DE ONIS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 71 /2013, en los que aparece como parte apelante Juan Manuel , representado por la Procuradora JOSEFINA ALONSO ARGUELLES, asistido por el Letrado LORENZO ALVAREZ GARCIA, y como parte apelada Rafaela , representada por la Procuradora MARIA LUZ GARCIA GARCIA, asistido por la Letrada MARIA GARCIA FREILE, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís dictó Sentencia en fecha 15 de noviembre de 2012 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Estimar la demanda formulada por Doña Aurora Ordóñez Fernández en nombre y representación de Doña Rafaela para la formación de inventario de la sociedad de gananciales habida durante su matrimonio con Don Juan Manuel , declarando que no constituyen el activo de la misma los siguientes bienes:

a) Un ordenador FUJITSU-SIEMENES de 15,6 pulgadas, una impresora multifunción CANON y una impresora Láser OKI.

b) B) Una desbrozadora marca HUSQUARNA, modelo 325, y u remolque para coche de 1,50 por 1,20 modelo Sierra Nevada.



c) Quiosco o puesto dedicado a la venta de recuerdos y objetos similares que señalado con el número tres se halla al margen de la carretera de Covadonga a los lagos, en el cruce, frente al santuario.."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 22 de mayo de 2013 .

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la representación de D. Juan Manuel la sentencia en la que se fija el inventario de la sociedad de gananciales constituida entre los litigantes, específicamente en cuatro bienes que no se incluyen en él, y que son un ordenador y dos impresoras, que se relaciona en el apartado a) del fundamento segundo; y un negocio de quiosco o puesto dedicado a la venta de recuerdos, ropa y objetos similares, situado en la carretera de Covadonga a Los Lagos", en el apartado d) del mismo

SEGUNDO.- Como es natural, por la trascendencia económica que supone, la discusión esencial se detiene en el negocio de quiosco situado en la carretera de Covadonga a Los Lagos, y el debate consiste en que la parte apelante entiende que es un negocio nacido constante matrimonio, mientras que la apelada, conforme a lo que concluye la sentencia, afirma que es privativo. En el centro de dicho debate se encuentra el documento fechado el 9 de enero de 2.001 (folio 60) que lleva como título "documento de reconocimiento", firmado por ambos litigantes, y que tras identificar a D^a Rafaela y a D. Juan Manuel , expresa dos cosas: la primera que su matrimonio contraído el 26 de marzo de 1.994 lo fue bajo el régimen económico de sociedad legal de gananciales que en ese momento seguía vigente, y en segundo lugar, literalmente recoge: "que entre los bienes que integran tal sociedad legal, y con el carácter de ganancial, se encuentra el quisco o puesto dedicado a la venta de recuerdos y objetos similares que, señalado con el número 3, se halla en el margen de la carretera de Covadonga a Los Lagos, en el cruce, frente al citado Santuario, siendo de carácter ganancial tanto su titularidad como su explotación". Dicho documento fue firmado diez años antes de la sentencia de divorcio de los litigantes, de 30 de marzo de 2.011 .

Pese a ello, en la sentencia se rechaza este carácter ganancial señalando que "opone el demandado un cambio de naturaleza del bien en virtud de pacto conyugal de fecha 9 de enero de 2.001" (segundo párrafo del fundamento cuarto), y empleando para ello: en primer término, la certificación del Ayuntamiento de Cangas de Onís (folio 37), en el que consta acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de dicho Ayuntamiento de 21 de febrero de 1.985, por el cual se autorizaba el cambio de titularidad de dicho puesto de venta al aire libre a favor de D^a Rafaela ; en segundo lugar, el informe de la Policía Local de Cangas de Onís (folio 86) en el que consta que D^a Rafaela tramitó Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales ante la Delegación de Hacienda, con fecha 22 de febrero de 1.985; y por último, considera que no afecta a esta calificación como privativo el hecho de que en medidas provisionales de divorcio, si bien se adjudicaba la administración del negocio a D^a Rafaela , se le exigiera rendición de cuentas, o la consideración que ambos aceptan de que se trate del origen del medio de vida del matrimonio.

TERCERO.- La cuestión más problemática se encuentra precisamente en esa catalogación del negocio como bien ganancial en documento firmado por los litigantes y cuyas firmas ninguno de los dos discute, aun cuando la representación de D^a Rafaela pretendió, mediante aportación de informes médicos de D. Juan Manuel en primera instancia, que fue la conducta del apelante la que le obligó a firmarlo, y en esta alzada se insiste en ello en un breve párrafo del fundamento segundo del escrito de oposición al recurso en el que dice que ese documento "deberá leerse bajo el prisma de una situación familiar influida y determinada, condicionada, por la enfermedad psiquiátrica del ahora recurrente (trastorno bipolar y obsesivo de la personalidad), según informes que constan en autos, como igualmente obran las testificales que dan una imagen bastante clara del tipo de desigual relación que tenía el matrimonio" (folio 118).

Esta primera cuestión, que no es asumida con toda corrección por la sentencia de instancia, se trató de acreditar con la aportación de los informes médicos que figuran en los folios 87 a 89; ahora bien, dichos informes están fechados en los años 2.010 y 2.011, y no puede olvidarse que aquel documento es del año 2.001, habiendo transcurrido entre uno y otros momentos más de diez años durante los que se desconoce la situación médica del aludido, lo que obliga a afirmar la imposibilidad de concluir aquella "lectura" pretendida.

La solución de este primer motivo del recurso encuentra en los artículos 1323 y 1355 del Código Civil la solución a través de la jurisprudencia que los aplica e interpreta. Cierto es que el segundo se refiere a la posibilidad de que los cónyuges puedan atribuir esta condición de gananciales "a los bienes que adquieran a título oneroso



durante el matrimonio", circunstancia que no concurre, pues el negocio discutido es claramente privativo ya que lo adquiere D^a Rafaela nueve años antes de contraer matrimonio, y la afirmación de que su instalación, financiación y puesta en marcha fue después de aquel 26 de marzo de 1.994 en que contrajeron matrimonio, como señala correctamente la sentencia, no ha sido mínimamente probado.

Ahora bien, el artículo 1323 ciertamente supone la absoluta libertad entre los cónyuges para transmitirse bienes y derechos, lo que permitiría también la transformación de un bien privativo en ganancial, como tiene señalado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 25 de mayo de 2.011 en la que se enlazan los dos preceptos reseñados al decir que "los cónyuges tienen legalmente reconocida una amplia libertad para contratar e incluso modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen (artículos 1323 y 1355 del Código Civil), y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien, que en todo o en parte pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común". Esa es la conducta realizada a través del documento en cuestión, y si bien no puede olvidarse que a través de aquellas posibilidades que tienen conferidas los cónyuges no pueden conculcarse intereses de terceros, que en el caso que se examina no constan afectados y, en su caso, o de alguno de los contratantes, en este caso el de D^a Rafaela , no es menos cierto que la vía para combatir este tipo de perjuicios sería el de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil en el procedimiento declarativo que corresponda, no siendo este trámite de formación de inventario el adecuado.

Es procedente, en consecuencia. La estimación de este primer motivo del recurso.

CUARTO.- El segundo motivo se refiere a tres objetos: dos impresoras y un ordenador.

La sentencia señala que los tres bienes fueron regalados por un hermano de D^a Rafaela a su hija, y así resulta de la declaración testifical de D. Lorenzo , tío de la destinataria y hermano de la apelada. Señaló en su testimonio que dichos bienes fueron regalados por otro hermano llamado Jesús, a su sobrina, hija de los litigantes. La tacha que en estos momentos se alega no fue esgrimida en su momento, consecuencia de lo cual es no poder acogerla en este momento procesal que se considera inadecuado.

Ahora bien, no puede olvidarse la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil ; de la misma manera que establece dicho precepto la salvedad de que se pruebe que dichos bienes pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, posible sería que se probara su pertenencia a terceros como la hija de los litigantes. Y en este sentido, no parece suficiente con un mero testimonio de una persona que ni tan siquiera fue la que al parecer realizó el regalo a una tercera para concluir con el carácter privativo de aquellos bienes que se encuentran en el domicilio conyugal.

Debe también, por lo tanto, acogerse el segundo motivo.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no se haga pronunciamiento sobre las costas causadas en la alzada, con aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , idéntico pronunciamiento que cabe también hacer en la primera instancia, con cita del 394 del mismo texto legal.

VISTOS, con los citados, los restantes preceptos de aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dicta el siguiente

FALLO

Se acoge el recurso presentado por la representación de D. Juan Manuel frente a la sentencia dictada en juicio verbal de inventario registrado con el número 492/2011, del Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís, en consecuencia se revoca la misma, dictándose en su lugar otra por la que se declara que en el activo de la sociedad de gananciales de los litigantes debe figurar el quiosco o puesto dedicado a la venta de recuerdos y objetos similares que se encuentra en el margen de la carretera de Covadonga a los Lagos, concretamente en el cruce frente al Santuario; y también un ordenador Fujitsu-Siemens, de 156 pulgadas; una impresora multifunción Canon y una impresora Láser OKI. No se hace declaración sobre costas del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.