

## EDJ 2006/44775

AP León, sec. 2ª, S 13-3-2006, nº 71/2006, rec. 304/2005

Pte: Alvarez Rodríguez, Alberto Francisco

Comentada en "Breves notas prácticas sobre la nulidad, anulabilidad y rescisión de los negocios jurídicos de derecho de familia"

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Régimen de visitas

Favor "filii"

Otras cuestiones

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.1265 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Comentada en "Breves notas prácticas sobre la nulidad, anulabilidad y rescisión de los negocios jurídicos de derecho de familia"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado antes expresado, se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que debo acordar y acuerdo el divorcio del matrimonio formado por Penélope y Fernando celebrado el 20 de diciembre de 2000 en Villanueva de las Manzanas acordando además. a) Que la madre mantendrá la guarda y custodia del hijo y el mismo régimen de visitas a favor del padre que venía rigiendo en la separación hasta que este consiga traslado de trabajo a Madrid, y desde ese momento el padre tendrá en su compañía al hijo dos fines de semana y la madre uno de modo sucesivo, recogiendo el viernes a la salida del colegio y entregándolo el lunes en el colegio, y la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa eligiendo la madre los años impares y el padre los pares y comunicando la elección siempre con quince días de antelación. b) Respecto a las vacaciones de verano el padre tendrá consigo al hijo o el mes de julio o el de agosto eligiendo la madre los años impares y los pares el padre, y cuando el padre tenga consigo al hijo en julio además lo tendrá los días de septiembre que tenga vacaciones escolares, y cuando lo tenga consigo agosto lo tendrá los días de junio que tenga vacaciones escolares. c) Los puentes el niño los pasará con el progenitor con el que esté el fin de semana. d) Las entregas y recogidas del niño en vacaciones se efectuarán en APROME a las 19.00 horas. e) El padre abonará en concepto de alimentos para el hijo la cantidad de 300 €, mensuales pagaderos por meses adelantados dentro de los cinco primeros días de cada uno y anualmente actualizables conforme al incremento del IPC, los gastos extraordinarios se abonarán por mitad. f) No procede hacer especial condena en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia que lleva fecha 15 de junio de 2005, se interpuso recurso por la parte apelante, y dado traslado a la parte apelada ante el Juzgado, por está se opuso al mismo, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, señalándose para la celebración de vista, el pasado 7 de marzo de 2006.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteada demanda de divorcio y de modificación de medidas por Dª Penélope contra su esposo D. Fernando, que a su vez formuló reconvencción contra aquella, como consecuencia del acuerdo conseguido entre las partes en el acto de la vista, cinco días más tarde, el 15 de junio de 2005, se dictó sentencia que, además de decretar la disolución del vínculo matrimonial existente entre ambos cónyuges, con base al referido acuerdo resolvió:

a) Que la madre mantendrá la guarda y custodia del hijo y el mismo régimen de visitas a favor del padre que venía rigiendo en la separación hasta que este consiga traslado de trabajo a Madrid, y desde ese momento el padre tendrá en su compañía al hijo dos fines de semana y la madre uno de modo sucesivo, recogiendo el viernes a la salida del colegio y entregándolo el lunes en el colegio, y la

mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa eligiendo la madre los años impares y el padre los pares y comunicando la elección siempre con quince días de antelación.

b) Respecto a las vacaciones de verano el padre tendrá consigo al hijo o el mes de julio o el de agosto eligiendo la madre los años impares y los pares el padre, y cuando el padre tenga consigo al hijo en julio además lo tendrá los días de septiembre que tenga vacaciones escolares, y cuando lo tenga consigo agosto lo tendrá los días de junio que tenga vacaciones escolares.

c) Los puentes el niño los pasará con el progenitor con el que esté ese fin de semana.

d) Las entregas y recogidas del niño en vacaciones se efectuarán en APROME a las 19.00 horas.

e) El padre abonará en concepto de alimentos para el hijo la cantidad de 300 €, mensuales pagaderos por meses adelantados dentro de los cinco primeros días de cada uno y anualmente actualizables conforme al incremento del IPC, los gastos extraordinarios se abonarán por mitad.

En la misma fecha y una vez dictada sentencia, por la representación de la actora reconvenida se presentó escrito en el Juzgado retirando el consentimiento prestado en el convenio aludido y ello por una serie de hechos que se resumen en la comprobación de que una nómina aportada con la demanda reconvenida no era del esposo, por lo que se partió de unos ingresos equivocados al convenir la pensión alimenticia, por un lado, y en el incidente surgido entre ambos con ocasión de la entrega del niño en el Centro APROME de León el sábado 11 de junio y que evidenciaba la no concurrencia de las circunstancias precisas para facilitar las entregas y devoluciones del menor sin la intermediación de centros como el indicado, por otro.

Al recaer sentencia, como queda dicho, con anterioridad a que se proveyera el anterior escrito, contra aquélla se formuló recurso de apelación por la representación de la Sra. Penélope, solicitando la nulidad de todo lo actuado desde la vista, la misma incluida, por entender que su consentimiento estaba viciado.

SEGUNDO.- Reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el error en los contratos ha de apreciarse con un criterio restrictivo cuando de ello depende la existencia del negocio, ya que el error implica un vicio del consentimiento, no una falta de él (S.T.S. 30.05.1991) y que para que invalide el consentimiento de conformidad con el artículo 1265 del Código Civil EDL 1889/1, es necesario que recaiga sobre la cosa que constituye su objeto, o sobre aquellas condiciones de la misma que de un modo principal hubieran dado lugar a su celebración, que deriva de hechos desconocidos por el obligado, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Insistiendo la Sala Primera de dicho Tribunal en que su apreciación exige "la constatación, como cuestión de hecho, de una equivocación sustancial, al contratar, no vencible por la normal diligencia en la información o, en el caso del dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formaran un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante" (Sentencia de 27.01.1998 que cita las de 07.09.1986, 01.10.1986, 04.12.1986 y 30.10.1987).

Pues bien, sobre la base de que la jurisprudencia exige, además de la cautela en su apreciación, una prueba plena (Sentencia 04.12.1990), en el presente caso ninguna obra en el procedimiento, incluida la practicada en segunda instancia, que evidencie las maquinaciones del esposo para conseguir un convenio y, derivamente, unos pronunciamientos favorables a sus intereses en relación con el régimen de visitas y la pensión alimenticia de su único hijo. Así, en relación con la nómina aportada con el escrito de contestación a la demanda como documento núm. 13, de un simple examen superficial de la misma se deduce que constan en blanco los detalles correspondientes a su titular, destinado en Madrid, por lo que difícilmente puede pensarse que llevó a la esposa y a su representación a un conocimiento equivocado sobre el nivel de ingresos del obligado, máxime si en el escrito de contestación a la reconvenición y más en concreto en el folio 230 vto. del procedimiento se impugnó la misma y se partió de la base de que el Sr. Valentín estaba en aquel momento destinado en el País Vasco y tenía unos ingresos aproximadamente de 2.400 euros, y en el apartado a) del Fallo recurrido se parte de la base de que el esposo no había obtenido todavía su traslado a Madrid. Y por lo que se refiere al incidente acaecido con ocasión de la primera entrega del niño por la madre al padre tras la consecución del convenio y acreditado a través de la declaración en la segunda instancia de la Psicóloga de APROME, tampoco del mismo puede deducirse propiamente ningún error y sí sólo que quizás sea prematuro que tales entregas y devoluciones, los fines de semana que el niño deba pasar en compañía de su padre, se puedan hacer a la salida y a la entrega del colegio, al demostrar la experiencia de ese día que no son capaces de ocultar sus rencores y de estar solos con el niño, por lo que el referido apartado debe ser modificado en cuanto a las entregas en los siguientes términos:... recogiendo el viernes a las 19 horas y devolviéndolo el domingo a las 20 horas, en ambos casos en el Centro APROME más próximo.

TERCERO.- Aunque no estimado el recurso en los términos en que fue planteado, lo resuelto en el anterior ordinal implica una pequeña revocación de la resolución recurrida, por lo que no deben ser impuestas a ninguna de las partes las costas procesales de aquéllas derivadas.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Rafael Rivas Crespo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Penélope, contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León, en fecha 15 de junio de 2005, en los autos de Juicio Verbal (Divorcio) núm. 165/2005 de dicho Juzgado, que fueron elevados a esta Audiencia Provincial el 3 de noviembre siguiente, la confirmamos, si bien introduciendo en el apartado a) de su parte dispositiva la siguiente alteración: las entregas y devoluciones del niño se harán en el Centro APROME más próximo a las 19 horas del viernes y a las 20 horas del domingo. Todo ello sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas procesales de la presente alzada.

Dese cumplimiento al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 24089370022006100124