

## EDJ 2005/93448

AP Madrid, sec. 25ª, S 29-4-2005, nº 266/2005, rec. 250/2004

Pte: López-Muñiz Criado, Carlos

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONTRATO

##### AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Principio de la contratación

#### MATRIMONIO

##### SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

#### NOVACIÓN

##### MODIFICATIVA

En general

Requisitos

#### PRUEBA

##### CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 217 de la nueva LEC

#### RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS

##### SUPUESTOS DIVERSOS

#### SOCIEDAD DE GANANCIALES

##### DISOLUCIÓN

Por separación o divorcio

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.217.2, art.398, art.777.7 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.14 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1, art.4, art.1074, art.1204, art.1255, art.1261, art.1267, art.1328 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que los autos originales núm. 69/02, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Núm. 33 de los de Madrid, fueron remitidos a esta Sección Vigésimo quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en las Normas de Reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SEGUNDO.- Que por la Ilma. Sra. Dª Ana Ruiz Burgos, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2002, cuya PARTE DISPOSITIVA dice así: FALLO.- "Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Julián contra Beatriz debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones vinculadas en su contra, con expresa condena en costas al demandante".

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de la parte demandante, el Procurador Sr. Torres Álvarez, dándole traslado del mismo a la parte demandada, quien presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso entablado; remitiéndose los autos a esta Sección Vigésimo quinta, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 27 de abril del año en curso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los cónyuges litigantes se separaron de mutuo acuerdo por sentencia de 25 de mayo de 2001, aportando para su aprobación un convenio regulador fechado el 23 de febrero de 2001 donde liquidaban la sociedad de gananciales (fs. 16 y 17), en el que al tiempo que describían cada uno de los bienes que constituían el activo, fijaban los términos de la adjudicación a cada uno de ellos, terminando sus declaraciones manifestando que con esos acuerdos daban por terminada su régimen económico de gananciales, pasando a ser desde entonces el de separación. En la descripción de bienes incluían la vivienda de Madrid, atribuida a la esposa con la obligación de entregar a su cónyuge el 15% del precio en venta si aquélla decidiera enajenarla, la plaza de garaje, entregada igualmente a la demandada en las mismas condiciones citadas, el chalet en construcción de Navalcarnero, dándose al esposo la totalidad del precio de venta, el mobiliario existente en la vivienda familiar, atribuido por mitad entre los dos, unas stock options, adjudicadas al actor y respecto de las que no se indica nada sobre su valor económico, 1.100 acciones de TERRA, distribuidas entre los dos a razón de 120 para la demandada y 980 para el actor, 200.000 ptas. en metálico y el automóvil, que se adjudicaron al esposo. Tras llevarse a cabo la venta de los derechos sobre el chalet de Navalcarnero, tal como estaba previsto en el convenio, adjudicándose el producto de la cesión al demandante (f. 40, documento fechado el día 10 de abril de 2001), otorgaron ante Notario escritura pública el día 13 de junio de 2001, donde obviando cualquier referencia a la sentencia de separación y al convenio regulador aprobado con ella, afirman que desde aquella fecha modifican el régimen económico matrimonial estableciendo el de separación de bienes, y que siendo la vivienda de Madrid, la plaza de garaje y 42.815,45€ en efectivo los únicos bienes existentes, acuerdan su reparto asignando a la esposa la vivienda y la plaza de garaje, mientras que al esposo se le adjudica el dinero en efectivo, computando los dos primeros, tras restar el pasivo que grava la vivienda, por el mismo valor que el dinero, con obligación impuesta a la demandada de afrontar el pago del préstamo hipotecario subsistente sobre la vivienda que se le adjudica y cuyo importe pendiente de pago ascendía a 11.196,86€. El día 17 de noviembre de 2001 el actor denunció ante los Juzgados de Instrucción de Madrid a su esposa por incumplimiento del régimen de visitas, y el día 19 de diciembre se dicta providencia en el Juzgado de Familia donde se tramitó la separación de mutuo acuerdo dando traslado a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga en relación a la posible nulidad de actuaciones por no haberse observado el trámite contemplado en el artículo 777.7º LEC EDL 2000/77463 relativo a la proposición de un nuevo convenio sobre los extremos no aprobados por la sentencia de separación, que en el caso de autos se circunscribía únicamente a la necesidad de concretar los días de los fines de semana en los que se desarrollaría el régimen de comunicación del padre con su hija, aunque el actor afirma, sin aportar documentación que lo demuestre, que el procedimiento fue archivado por no presentarse el convenio modificado.

Frente a la sentencia de primera instancia desestimatoria de la pretensión actora, se alza esa parte reiterando que se declare la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante Notario y se proceda a verificar una nueva liquidación donde se incluyan todos los bienes gananciales con la correcta valoración de mercado de la vivienda de Madrid, o que, subsidiariamente se acuerde rescindir por lesión la liquidación de la sociedad de gananciales contenida en las capitulaciones.

SEGUNDO.- Lo primero a tener en cuenta, pese a que ambos litigantes aceptan que la liquidación se produjo con las capitulaciones matrimoniales, es que los cónyuges liquidaron su sociedad de gananciales en el convenio regulador de la separación aprobado por sentencia firme, cuya nulidad no consta, mientras que, por el contrario, la providencia dándoles audiencia se ciñe a un aspecto ajeno al régimen económico, cual es el régimen de visitas, de modo que la nulidad en trámite parece referida sólo al proceso para llevar a cabo la modificación del convenio en ese concreto extremo. Sobre esa base, la única interpretación posible que cabe dar al comportamiento posterior de los esposos es la modificación convencional de parte de su liquidación, circunscribiéndola únicamente a la vivienda de Madrid, la plaza de garaje y el dinero en metálico, acuerdos que deben valorarse en el ámbito de la libertad de pactos prevista en el artículo 1.255 CC EDL 1889/1, pues se refieren a materias no afectadas por el orden público. A ello no afecta el que los contendientes desarrollaran su concierto de voluntades sin hacer referencia alguna a la separación declarada, el convenio regulador aprobado y la liquidación del régimen económico convenida con anterioridad, pues siendo protagonistas ambos de esa relación jurídica y plenamente conscientes de su existencia y efectos, la reserva mental sobre el antecedente carece de influencia alguna y no impide que el acto se muestre con su verdadera naturaleza, sea cual fuere la nominación dada. Por otro lado, el propio comportamiento de los esposos pone de relieve el sentido obligacional que habían estado dando al convenio de 23 de febrero de 2001, pues no se ha discutido que el actor hubiera recibido en propiedad los bienes que en aquél se le adjudicaron.

Viene al caso la reflexión anterior porque el objetivo buscado por el demandante es de imposible consecución por un error de planteamiento, ya que la nulidad del acuerdo firmado ante Notario no podría llevar nunca a realizar una nueva liquidación al encontrarse ésta ya plenamente definida en el convenio regulador aprobado por sentencia firme, sin que llegue a comprenderse el motivo por el que ninguna de las partes toma en consideración hecho tan fundamental, sobre todo si tenemos en cuenta que la posible nulidad de actuaciones, que, además, no consta declarada, sólo puede afectar al curso de la ampliación o modificación del convenio de la parte no aprobada en la sentencia, es decir, el régimen de comunicación para la hija común, pero no respecto a las demás cuestiones definitivamente aprobadas por la resolución, como lo es la liquidación de la sociedad de gananciales, frente a la que el Juez ejerce un control en garantía del interés público que emana de las demás relaciones jurídicas concurrentes en el proceso de familia, como son los hijos menores y la propia institución matrimonial, pero no respecto a la libertad de los contratantes para fijar como estimaran por conveniente el reparto del patrimonio común, incluso aunque fuera desproporcionado en beneficio de uno de ellos si ambos lo han asumido con voluntad libre, pues la disolución y liquidación del régimen de gananciales puede ser obtenida fuera del proceso y al margen de cualquier control judicial por la voluntad de las partes (art. 1.392,4º CC EDL 1889/1).

Desde esa perspectiva, el nuevo acuerdo tomado por los esposos debe incluirse en el contexto del artículo 1.203,1º CC EDL 1889/1, es decir, la novación modificativa, pero no la extintiva, pues no se declaró expresamente esa finalidad, ni hay incompatibilidad entre la

segunda y la primera, sobre todo si tenemos en cuenta que el reparto de los bienes no afectados por el acuerdo ante Notario, subsiste y hasta se consumó, mientras que la modificación relativa al reparto de la vivienda, garaje y dinero efectivo, varía únicamente en aspectos meramente adjetivos, como es la desaparición de la obligación de entregar al esposo el 15% del valor del precio obtenido en caso de procederse a la venta, así como a la asunción de la hipoteca por la adjudicataria de la vivienda, pasivo no contemplado en el convenio aprobado por sentencia, y la presencia de una cantidad de dinero metálico más elevada de la contemplada en el convenio judicial, de modo que no se dan las condiciones previstas en el artículo 1.204 CC. EDL 1889/1 En realidad, objetivamente puede comprenderse el sentido de la modificación en cuanto la ausencia de un acuerdo relativo al pasivo pendiente y la forma de afrontarlo hasta su amortización, podría causar graves dificultades en el futuro de la relación entre los esposos, sobre todo si lo conectamos con la pervivencia de la obligación de abonar el 15% del valor en caso de venta de la casa por la demandada, y los imprecisos términos con los que se expresa el convenio de 23 de febrero de 2001 cuando utiliza el verbo "atribuir" en lugar de "adjudicar".

Sentado que frente al acuerdo de 13 de junio de 2001 nos hallamos ante una simple modificación parcial y convencional de la liquidación patrimonial, su nulidad únicamente puede venir dada por alguna de las razones que privan de validez a los contratos cuando hay ausencia o vicio de sus elementos constitutivos, esto es, en el consentimiento, el objeto o la causa (art. 1.261 CC EDL 1889/1 ), o por quebrantar lo preceptuado en el artículo 1.328 CC. EDL 1889/1 Éste pregona la nulidad de cualquier estipulación contraria a la Ley, las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponden a cada cónyuge, pero la igualdad de la que habla la norma es la que se contiene en el artículo 66 del mismo texto legal que debe contemplarse en el marco del artículo 14 CE EDL 1978/3879 , es decir, la igualdad ante la Ley y la proscripción de cualquier tipo de discriminación, pero no puede extenderse a cuestiones que entran dentro del ámbito de la libertad individual de cada uno como sería la disposición patrimonial, incluso aceptando un reparto de bienes perjudicial asumido de modo franco, de modo que la atribución convencional de un valor ficticio creando una irreal igualdad en los bienes que se reparten, no daría lugar, por sí misma, a la nulidad de la estipulación, y menos de las capitulaciones. Por tanto, sólo si el valor irreal o el reparto desigual se establecieron por vicio de consentimiento cabrá cuestionarse la validez de lo convenido, y en este aspecto la parte demandante, tomando como hecho de partida la valoración ficticia de los bienes objeto del acuerdo, denuncia la desigualdad en el reparto aceptada ante el Notario por las presiones recibidas de su esposa respecto al régimen de comunicación, es decir, el vicio estaría en la intimidación mediante la amenaza de impedir la relación con la hija común. En tal caso quien lo alegue carga con la prueba de acreditar la existencia de la amenaza y que fue ésta el móvil conductor del acuerdo (art. 217.2 LEC EDL 2000/77463 ), mientras que el artículo 1.267 CC EDL 1889/1 le exige justificar también la eficacia invalidante del acuerdo, a cuyo fin debe demostrar que el temor producido es racional y fundado, así como que el mal con el que se amenace sea inminente y grave. Pues bien, como afirma la sentencia apelada, no hay prueba suficiente del vicio de consentimiento, ni tampoco puede considerarse racional y fundado, pues el actor tiene a su disposición los mecanismos legales adecuados para conseguir la fijación de un régimen de visitas adecuado y obtener su cumplimiento en caso de oponerse a ello la madre de la niña, entre otras cosas porque no es sólo derecho suyo, sino, sobre todo, de su hija, de modo que la tutela pública a la que está sometida la relación paterno-filial, garantiza la respuesta del Estado para su protección, aunque muchas veces sea difícil o provoque graves y profundas tensiones, lo cual no permite aceptar como capaz de amedrentar las palabras que en el acto de su interrogatorio puso el demandante en boca de la otra parte diciendo que "o firmaba o no volvía a ver a la niña".

Lo expuesto nos lleva a desestimar el recurso en lo relativo a la reiterada pretensión de anular el acuerdo.

TERCERO.- Con respecto a la rescisión por lesión, el planteamiento que hace la parte actora es nuevamente erróneo, pues se toma como hecho de partida que el reparto derivado de la liquidación del régimen económico se produjo con el acuerdo notarial de 13 de junio de 2001, olvidando que éste ya se había producido en el de 23 de febrero de 2001 cuando fue aprobado por la sentencia de 25 de mayo, de modo que el primero de los citados no era más que una modificación parcial y concreta de éste. Por tanto, para establecer si existe o no lesión en más de la cuarta parte, como previene el artículo 1.074 CC EDL 1889/1 , habrá de estarse al valor de todos los bienes en el momento en el que fueron adjudicados, es decir el 23 de febrero de 2001, fijando para ello no sólo el neto de la vivienda, la plaza de garaje y el dinero metálico recibido por el actor, sino el valor de todo cuando se repartió en el convenio judicial, stoks options y acciones de TERRA incluidas, y vemos que ni existe la evaluación de esos bienes, ni la que se hizo de la vivienda y la plaza de garaje se tuvo en cuenta su precio en el mes de febrero de 2001, sino el de julio de 2002, lo cual es de notable importancia por el alto grado de revalorización de los inmuebles de un año para otro que se produce desde antes del año 2000, hecho de conocimiento notorio. Vemos, en consecuencia, que la rescisión por lesión no puede pedirse respecto del acuerdo modificativo únicamente, sino que ha de reclamarse de toda la liquidación, lo cual fuerza a un pronunciamiento desestimatorio de la acción que no tuvo en cuenta esa realidad fáctica, sin necesidad de entrar en otras consideraciones.

CUARTO.- Considerando lo dispuesto en el artículo 398 LEC EDL 2000/77463 , y vista la desestimación del recurso, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de D. Julián, contra la sentencia dictada EN 3 DE diciembre de 2002, por la Il.tra. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 33 de Madrid, en autos núm. 69/02, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con imposición al apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma puede ser susceptible de recurso de casación o de recurso extraordinario por infracción procesal, debiendo preparar cualquiera de ellos mediante escrito en el plazo de cinco días siguientes a la notificación ante esta Sala que la dicta.

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

Publicación.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370252005100255