

SAP de Bizkaia de 11 de mayo de 2010

En Bilbao, a once de mayo de dos mil diez.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados reseñados, el procedimiento ORDINARIO N° 678/08, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE GETXO, y seguido entre partes: como apelante, el demandante D. Cipriano, representado por la Procuradora D.ª Aurora Torres Amann y dirigido por el Letrado D. Gonzalo Pueyo Puente; y como apelada, que se opone al recurso, la demandada D.ª Antonia, representada por la Procuradora D.ª Concepción Imaz Nuere y dirigida por la Letrado D.ª Olga Macía Olaeta.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 23 de marzo de 2009 es de tenor literal siguiente:

" FALLO : QUE DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de la parte demandante D. Cipriano contra la parte demandada D.ª Antonia, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos contra la misma dirigidos, debiendo de procederse conforme se recoge en la presente resolución; con imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 388/09 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D.ª REYES CASTRESANA GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes a tener en consideración para resolver esta alzada:

A.1) D. Cipriano y Dña. Antonia contrajeron matrimonio el 10 de marzo de 1991.

A.2) El 19 de diciembre de 2.003 se presentó por Dña. Antonia demanda de separación matrimonial contra D. Cipriano y, antes de que recayera sentencia de separación, se presentó el 25 de febrero de 2005 demanda de divorcio de mutuo acuerdo, acompañándose "*Convenio Regulador de Divorcio*" de fecha 10 de febrero de 2.005, en cuya *cláusula Séptima* se establece que "queda disuelto el régimen de comunicación foral hasta la fecha vigente entre los esposos" < doc. nº 11 de la demanda, a los folios 46 y ss de autos>. El mismo fue ratificado por los cónyuges, si bien a la vista de la exploración de los hijos de los litigantes se suscribió un "Anexo" relativo al derecho de visitas, siendo que finalmente ante las controversias de los litigantes y que la esposa solicitó que se dejara sin efecto en todos sus extremos el contenido del convenio inicialmente ratificado, fue sobreseído el procedimiento de mutuo acuerdo por Auto de 14 de octubre de 2005.

A.3) Con igual fecha de 10 de febrero de 2.005 ambos cónyuges suscribieron el documento privado, que expone que las partes han suscrito para el correspondiente procedimiento de divorcio el correspondiente *Convenio Regulador, recogíendose textualmente* < doc. nº 12 de la demanda, al folio 55 y ss de autos>: "En dicho Convenio Regulador se establece que el régimen económico matrimonial es el de bienes gananciales sin que en dicho convenio se liquiden los bienes que integran el patrimonio de las partes.

En relación a la liquidación de los bienes gananciales, las partes acuerdan:

Primero.- Que el patrimonio ganancial común a las partes lo forman:

- El domicilio familiar sito en DIRECCION000 nº NUM000 NUM001 de Sopelana
- Dinero por valor de sesenta mil ciento un euros con veintidós céntimos de euros (60.101,21 euros) entre fondos de pensiones y acciones y metálico.

El resto de dinero existente a nombre de los hijos o de las partes que excede de la cantidad es dinero privativo de D. Cipriano, producto de diferentes herencias de familiares.

Para el reparto de los bienes gananciales, las partes acuerdan adjudicar el 50% de la vivienda familiar a cada una de las partes. Respecto del dinero existente y una vez se obtengan los certificados bancarios el importe de los mismos se procederá a su reparto, en donde a cada una de las partes le corresponde la cantidad de treinta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos de euros (30.050,61 euros) En relación al resto del dinero que pueda estar a nombre de hijos o que precisa para su cancelación de la firma de ambos cónyuges, las partes acuerdan que facilitarán la cancelación de dichos activos cuando para ello sea necesario la firma de las partes"

A.4) Con fecha 11 de octubre de 2007 se presentó demanda de divorcio por D. Cipriano contra Dña. Antonia, recayendo de divorcio el 2 de abril de 2008, sin que se haya traído a estos autos la dictada en el correspondiente recurso de apelación interpuesto.

B) Con fecha 9 de septiembre de 2005 D. Cipriano presentó demanda de liquidación del régimen económico sobre el acuerdo alcanzado por las partes el 10 de febrero de 2005, incluyéndose en el inventario la vivienda familiar y el metálico de unos 60.000 euros.

En la primera instancia recayó Sentencia de 15 de marzo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Getxo, aprobándose el inventario propuesto por D. Cipriano y desestimando la oposición de la Sra. Antonia de ampliar el inventario a otros bienes privativos del Sr. Cipriano en base al régimen matrimonial de comunicación foral y la carencia de eficacia alguna de los documentos privados, que fue revocada por la dictada por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 1 de julio de 2008, en el sentido de declarar que forma parte del activo el régimen económico matrimonial (comunicación foral) de los litigantes, además de los bienes señalados en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, "los siguientes: Vehículos matrículas JA-....-JD y-QQL ; apartamento nº NUM002 en el apartotel DIRECCION001, municipio de Arona, Tenerife; cuenta nº NUM003 en el BSCH; cuenta NUM004 en el Banco Popular; cuentas de ahorro en el BBVA a nombre de D. Cipriano con los números NUM005,

NUM006 y NUM007 ; cuentas en el BBVA a nombre de D^a Antonia con los números NUM005, NUM008, NUM009, NUM010, NUM011 y NUM012 ; cuentas en la BBK, en la proporción que corresponda, de las que son titulares D^a Graciela y D. Cipriano con los números NUM013 y NUM014, cuenta en la BBK de la que es titular D. Cipriano con el nº NUM015."

En sus razonamientos jurídicos se dice "... recordar cual es el exacto marco procesal o sustantivo en que nos movemos, que no es otro que el de inventariar los bienes y derechos a integrar en el activo o en el pasivo del régimen económico matrimonial de los litigantes; con total independencia y al margen de la liquidación que, con el precedente indispensable que el inventario supone, en su día se lleve a cabo en este específico régimen matrimonial, que es el de comunicación foral, conforme al *artº 109 de la Ley Civil Foral del País Vasco (LCFPV)* , trámite procesalmente ajeno e independiente a este en que nos encontramos....

En consecuencia y a partir del auto de fecha 16 de septiembre de 2005 que admitió a trámite la solicitud, el único objeto del presente procedimiento es, como ya se ha dicho, el de inventariar los bienes y derechos del régimen matrimonial existente en este matrimonio que, según reconocimiento expreso de ambas partes y consta además en diversos documentos públicos aportados a autos, era el de comunicación foral; en este sentido, el *artº 809, párrafo segundo, LEC* es suficientemente claro cuando señala:

".....procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate..."; y, por otro lado, el último *párrafo del artº 809-2 LEC* dispone que: "La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial".

... Carece por tanto de toda relevancia, de cara a este procedimiento concreto y específico, el texto de los dos contratos suscritos por los litigantes en la misma fecha de 10 de febrero de 2005 (uno aportado como documento nº 1 de la proposición de prueba en el juicio y el otro como documento nº 3 del escrito inicial) con vocación de ser, respectivamente, el convenio regulador a ratificar en la sentencia del procedimiento matrimonial y el contrato de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal que pretende estar relacionado con el anterior.

...Todo ello, insistimos, resulta intrascendente aquí, sin perjuicio de la relevancia que puedan tener tales documentos bien en la fase posterior de liquidación del régimen matrimonial (*artº 810 y siguientes LEC*) o para determinar entre las partes las obligaciones y derechos dimanantes de un contrato (*artº 1.254 y siguientes del Código Civil*), bien en el procedimiento matrimonial propiamente dicho (*artº 90 y siguientes del Código Civil*).

... a la fecha de inicio el procedimiento (que es a la que hay que estar) ni se había consolidado el régimen de comunicación foral conforme al *art. 96 de la Ley Civil Foral del País Vasco*, ni había cesado o extinguido dicho régimen conforme al *art. 95 párrafo segundo de la propia Ley*, lo único que a este procedimiento compete determinar... es el acervo patrimonial del que era titular la comunicación foral formada por ambos esposos " sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate "; a tenor del *art. 95 párrafo primero de la LCFPV* la comunicación foral supone que "... se harán comunes por mitad entre marido y mujer todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sean, pertenecientes a una y otra, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen".

C.1) Con fecha 2 de diciembre de 2.008 D. Cipriano ha interpuesto demanda de juicio ordinario interesando: (1) La validez de los documentos suscritos por las partes de 10 de febrero de 2005, y, en especial, de las cláusulas referidas al régimen económico matrimonial, acompañados como documentos nº 11 y 12 de la demanda < Apartados A.2 y A.3> ; (2) Que el inventario del régimen de la disuelta sociedad económica matrimonial de los litigantes viene conformado por los bienes que se recogían en la sentencia de inventario de la primera instancia (vivienda y dinero en participaciones y derechos consolidados de planes de pensiones y fondos de inversión y acciones y metálico por importe de unos 60.000 euros); y, (3) Declarar a favor de D. Cipriano la privaticidad de los siguientes bienes:

- 1.- Vehículos matrículas JA-....-JD-QQL.
- 2.- Apartamento nº NUM002 en el aparthotel DIRECCION001, municipio de Arona ¿ Tenerife.
- 3.- Cuenta nº NUM003 en el BSCH.
- 4.- Cuenta NUM004 en el Banco Popular
- 5.- Cuentas de ahorro en el BBVA a nombre de D. Cipriano con los números NUM005, NUM006 y NUM007.

6.- Cuentas en la BBK, en la proporción que corresponda, de las que son titulares D^a Graciela y D. Cipriano con los números NUM013 y NUM014

7.- Cuenta en la BBK de la que es titular D. Cipriano con el nº NUM015.

8.- Todas las cuentas titularizadas por los hijos de los litigantes Amparo y Raimundo.

Es decir, las partidas incluidas en el inventario matrimonial en la sentencia de segunda instancia, salvo cuentas en el BBVA a nombre de D^a Antonia con los números NUM005, NUM008, NUM009, NUM010, NUM011 y NUM012, y añadiendo las cuentas titularizadas por los hijos de los litigantes Amparo y Raimundo.

C.2) *En la primera* instancia recayó sentencia desestimatoria. La Magistrada a quo considera que las circunstancias apreciadas en la sentencia de inventario se han modificado a tenor de la sentencia de divorcio de 2 de abril de 2.008 en la que se declara la disolución del matrimonio por divorcio, la cual ha sido recurrida en cuanto a los pronunciamientos referentes a las medidas relativas a la pensión de alimentos y régimen de visitas de los hijos menores de edad y el uso y disfrute de la vivienda familiar, siendo de aplicación el *art. 774.5 de la LECn*, que establece que en estos casos de declarará la firmeza del pronunciamiento sobre el divorcio. Así, el régimen económico matrimonial de comunicación foral ha cesado automáticamente por la sentencia de divorcio, de conformidad con el *art. 95.2 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*, sin que concurran las *circunstancias reguladas en el art. 96 para entender consolidado dicho régimen de comunicación foral, es decir, "fallecimiento de uno de los cónyuges con hijos o descendientes comunes"*, por lo que deberá procederse conforme al *art. 109 de la LDCFPV*. A continuación entra en la valoración del contenido de los documentos de fecha 10 de febrero de 2.005, aportados con los nº 11 y 12 de la demanda, sin que constituya precedente la sentencia de 1 de julio de 2.008 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que fue dictada en un procedimiento cuyo objeto era inventariar los bienes y derechos del régimen matrimonial existentes en el matrimonio (comunicación foral), sin perjuicio de instar el procedimiento en orden a dar eficacia a los pactos suscritos por los excónyuges en orden a la liquidación de sus bienes matrimoniales. Y termina concluyendo que nos encontramos ante unos contratos sin causa o con causa ilícita, por lo que no puede producir efectos contrarios a la *ley, concretamente, del art. 93 LCFPV* cuando establece que "el régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal, podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales", lo que impide la aplicación de la *regla prevista en el párrafo segundo del art. 109* ("En el supuesto de extinción de la comunicación foral por modificación del régimen económico del matrimonio, se estará a lo pactado, y, en su defecto, será de aplicación lo dispuesto en este artículo), por lo que deberá procederse conforme a las reglas fijadas en el *art. 109 de la LDCFPV*, y sin que deba gozar de validez los documentos firmados por la partes con fecha 10 de febrero de 2.005, y todo ello de acuerdo con el inventario de los bienes referidos en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de fecha 1 de julio de 2.008.

C.3) Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por D. Cipriano, que será objeto de examen a continuación.

SEGUNDO.- La parte apelante está conforme con el reconocimiento que la sentencia de instancia efectúa a la autonomía privada de los cónyuges para regular sus cuestiones económicas y/o patrimoniales, y, en consecuencia, el carácter contractualista, con la necesidad de que concurren todos los requisitos que, con carácter general, establece el *Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1.261*, así como la posibilidad de que los cónyuges puedan completar el Convenio Regulador, dentro de los límites de lo disponible, en documento al margen del mismo, ya se haga de forma simultánea o posteriormente, haya sido aprobado o no judicialmente, y de que tales pactos son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez.

En lo que la parte apelante está disconforme es en la afirmación de la causa ilícita, al amparo del *art. 1.275 del Código Civil*, para privar de efectos al documento suscrito por los ex-cónyuges el 10 de febrero de 2.005, aportado como documento nº 12 de la demanda (puesto que el documento nº 11 es el Convenio Regulador, y a efectos de esta litis no tiene transcendencia) al ser contrario a la ley.

El recurso de apelación debe ser estimado.

Efectivamente, admitiendo la validez y carácter vinculante de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges, aun cuando se hallaran contenidos en convenio privado matrimonial, conforme al aforismo "pacta sunt servanda", y siguiendo dicho criterio y la doctrina emanada de la STS de 22-4-1997 y mantenida posteriormente, entre otras, en la STS de 1-9-1998 y en la STS de 15-2-2002, ha de concluirse que no hay ningún obstáculo a la validez de las estipulaciones que se examinan como negocio jurídico en que concurrió consentimiento, objeto y causa, en coherencia con el principio de autonomía de voluntad proclamado por el *art. 1.255 del Código Civil*, y sin que se traspasen los límites impuestos en el mismo, al no ser el acuerdo en cuestión contrario a las leyes, la moral ni al orden público.

Examinando el documento de 10 de febrero de 2005 aportado como documento nº 12 de la demanda < folio 55 y ss de autos > y que ha sido transcrito en el Apartado A.3 del anterior Fundamento de Derecho, se observa que lo que se pretendía las partes era solventar sus divergencias económicas mediante la liquidación del régimen económico matrimonial, no la modificación del régimen económico matrimonio a que se refiere el *art. 93.2 de la LDCFPV*, ante la inmediatez del divorcio de mutuo acuerdo, liquidando los bienes matrimoniales, previo inventario de los bienes gananciales a repartir, con la especificación de que el resto merecen la consideración de ser bienes privativos del esposo Sr. Cipriano. Es decir, un reparto de los bienes que es materia dispositiva de las partes, independientemente del régimen económico, de repartición del patrimonio conyugal conforme a las cláusulas pactadas que en modo alguno son contrarias a las leyes, la moral ni al orden público, reparto de bienes conforme al acervo común del matrimonio según voluntad libremente manifestada por los entonces cónyuges, atendiendo a lo dispuesto en los *arts. 1.255, 1.323. y 1.324 del Código Civil* de aplicación supletoria.

En cuanto al error en la nominación del régimen económico matrimonial en el documento privado de 10 de febrero de 2005, cuya validez se postula en este proceso, se sustenta en un error de derecho, y la jurisprudencia del TS, al igual que un amplio sector doctrinal, excluye la aplicación del error de derecho, y así en la sentencia de 12 de

febrero de 1898 se declara que el error que vicia los contratos y las transacciones ha de recaer sobre la sustancia objeto del contrato, y no sobre el derecho al que se asocia, que bienes son ganados durante el matrimonio y cuáles son privativos del Sr. Cipriano, lo que dio lugar al documento privado. A mayor abundamiento el vicio de consentimiento es causa nulidad relativa o anulabilidad, y no puede alegarse por vía de excepción sino de acción o de reconvencción. (SsTS 31-3-2005

, 25-9-2006, que cita las de 17-1-2005, 16-12-2005, 17-2-2006 y 5-4-2006).

Señalar también que no prospera la alegación del engaño padecido por la Sra. Antonia en los documentos privados de 10 de febrero de 2.005, a pesar de las discrepancias que se detectaron en uno y otro documento sobre la adjetivización del régimen económico (comunicación foral/ganancial), porque dichos documentos fueron firmados por la Sra. Antonia en presencia de su Abogado, quien le señaló que era un mero error sin trascendencia. De las propias declaraciones de la demandada Sra. Antonia se desprende que no padeció ningún engaño, sino simplemente que constató una falta de precisión en la redacción de los documentos, un error material, no obstante lo cual firmó el documento nº 12 de la demanda, que tenía por objeto resolver su situación patrimonial, con la determinación de los bienes a inventariar así como la distribución y reparto de los bienes.

Por último apuntar que el mencionado documento privado de 10 de febrero de 2005 viene a reflejar la liquidación y adjudicación de bienes conforme a los parámetros del *art 109 de la LDCFPV*, sobre régimen de comunicación foral no consolidado, y del *art. 97 de la LDCFPV*, sobre que la comunicación foral, que distingue entre los bienes ganados y los bienes procedentes de cada uno de los cónyuges, se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y bienes privativos, liquidándose como una sociedad de gananciales en virtud del *art. 3 de la LDCFPV*.

TERCERO.- Lo expuesto, conduce a la revocación de la sentencia de instancia, en el sentido de estimar parcialmente las pretensiones contenidas en la misma, salvo, como ya se apuntó en nuestro Auto de fecha 22 de septiembre de 2009, dictado en las medidas cautelares coetáneas, la pretensión de que se reconozca la titularidad del Sr. Cipriano de "las cuentas titularizadas por los hijos de los litigantes Amparo y Raimundo ", puesto que ninguno de los litigantes como progenitores de los mismos han representado y defendido los intereses de sus hijos Amparo y Raimundo, al sostener el apelante la privacidad de las inversiones y fondos bancarios a nombre de sus hijos, y la apelada la inserción de los mismos en el inventario matrimonial por mor del régimen económico de comunicación foral consolidado, pudiendo existir y existiendo un conflicto de intereses entre los progenitores y Amparo, hoy mayor de edad, y el menor Calixto, debiéndose de haber sido demandados, previo nombramiento de defensor judicial, atendiendo a lo dispuesto en los *arts. 163 y 166 del Código Civil*, lo que no ha ocurrido en el supuesto examinado.

CUARTO.- No ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales causadas en la primera y en esta segunda instancia, en virtud de los *arts. 394.2 y 398.2 de la LECn*.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON Cipriano, representado por la Procuradora Dña. Aurora Torres Amann, contra la sentencia dictada el 23 de marzo de 2.009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Getxo, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 678/08, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y en su lugar estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Cipriano contra Dña. Antonia, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:

I.- La validez del documento privado suscrito por los litigantes el 10 de febrero de 2.005, aportado como documento nº 12 de la demanda, en lo relativo al reconocimiento de privatividad de Dña. Antonia en el sentido de que, salvando el inmueble descrito y los 60.101,21 euros, el resto de las cantidades dinerarias de las partes que exceda de dicha cantidad es dinero privativo de D. Cipriano, producto de diferentes herencias.