

EDJ 2007/200788

AP Castellón, sec. 2ª, S 3-9-2007, nº 125/2007, rec. 18/2007

Pte: Altares Medina, Pedro Javier

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 1ª de 9 junio 2011 (J2011/113802)

Resumen

Estima la Sala parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de instancia, considerando que no se ha acreditado el dolo en el consentimiento prestado por la actora en el convenio regulador suscrito entre las partes para la liquidación de la sociedad de gananciales, sin que sea suficiente para acreditarlo el que sea más ventajoso para el demandado, si bien confirma la Sala la acción de rescisión por lesión ejercitada por la actora, señalando que no es óbice para el ejercicio de dicha acción de rescisión el que la misma tenga por objeto un convenio regulador aprobado por sentencia judicial firme.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

art.457.2 , art.458

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.1074 , art.1269 , art.1293 , art.1410

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	15

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

RECURSOS

APELACIÓN

Procedimiento

Preparación

RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS

SUPUESTOS DIVERSOS

SOCIEDAD DE GANANCIALES

LIQUIDACIÓN

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

DOLO

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo; Desfavorable a: Esposa

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

Legislación

Aplica art.457.2, art.458 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.1074, art.1269, art.1293, art.1410 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.1081, art.1083, art.1085, art.1088, art.1692.5 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 1ª de 9 junio 2011 (J2011/113802)

Cita en el mismo sentido sobre RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS - SUPUESTOS DIVERSOS STS Sala 1ª de 7 noviembre 2006 (J2006/325624)

Cita en el mismo sentido SAP Málaga de 26 mayo 2006 (J2006/306040)

Cita en el mismo sentido SAP Pontevedra de 11 mayo 2006 (J2006/285666)
Cita en el mismo sentido SAP Zaragoza de 31 mayo 2006 (J2006/93469)
Cita en el mismo sentido sobre RECURSOS - APELACIÓN - Procedimiento - Preparación SAP Granada de 22 diciembre 2005 (J2005/304421)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 3 junio 2004 (J2004/54926)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 17 mayo 2004 (J2004/40348)
Cita en el mismo sentido SAP Córdoba de 31 marzo 2004 (J2004/14475)
Cita en el mismo sentido sobre VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - DOLO STS Sala 1ª de 11 junio 2003 (J2003/29668)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 6 marzo 2003 (J2003/3622)
Cita en el mismo sentido SAP Málaga de 18 julio 2001 (J2001/54301)
Cita en el mismo sentido STSJ Cataluña Sala de lo Civil de 25 mayo 2000 (J2000/11546)
Cita en el mismo sentido SAP Girona de 19 noviembre 1999 (J1999/52968)
Cita en el mismo sentido SAP Huesca de 27 octubre 1998 (J1998/36702)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 8 marzo 1995 (J1995/585)
Cita en el mismo sentido sobre VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - DOLO STS Sala 1ª de 23 junio 1994 (J1994/5572)
Cita en el mismo sentido sobre VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - DOLO STS Sala 1ª de 29 marzo 1994 (J1994/2867)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 febrero 1994 (J1994/1578)
Cita en el mismo sentido sobre VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - DOLO STS Sala 1ª de 11 mayo 1993 (J1993/4418)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 26 enero 1993 (J1993/509)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 abril 1991 (J1991/3468)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 27 noviembre 1987 (J1987/8741)
Cita en el mismo sentido sobre VICIOS DEL CONSENTIMIENTO - DOLO STS Sala 1ª de 21 junio 1978 (J1978/215)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sentencia de 3 de julio de 2006 del juzgado de primera instancia núm. 7 de Castellón, dictada en autos de juicio ordinario núm. 118/06, se dispuso lo siguiente: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Colón Gimeno en nombre y representación de Dª Eva contra D. Mariano :

1.- Debo declarar y declaro la nulidad de la liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales de los litigantes contenido en la Estipulación IX del convenio regulador de la separación de 15 de octubre de 2003, aprobado por sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón.

2.- Debo declarar y declaro la nulidad de los pactos contenidos en la escritura pública de aclaración y complemento del convenio regulador otorgada el 19 de febrero de 2004 ante la Notario de Castellón Dª María Lourdes Frías Llorens (núm. 733 de su protocolo).

3.- Debo ordenar y ordeno la cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad a favor de D. Mariano a consecuencia del convenio y la escritura anulados en los apartados anteriores, respecto de las siguientes fincas:

-finca registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 3 de Castellón (tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003)

-finca registral núm. NUM004 del Registro de la Propiedad núm. 3 de Castellón (tomo NUM005, libro NUM006, folio NUM007)

4.- Debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento."

SEGUNDO.- El día 4 de octubre de 2006 fue presentado escrito por la procurador sra. Margarit Pelaz, en nombre y representación de d. Mariano, de interposición de recurso de apelación contra la sentencia indicada, solicitando que se "dicte Sentencia mediante la que se estime íntegramente el recurso de apelación interpuesto por esta parte, revocándose íntegramente el Fallo de la Sentencia apelada, y estableciendo, en su lugar, la plena validez de la liquidación en su día practicada por los cónyuges en el Convenio Regulador suscrito y aprobado judicialmente, así como la de todos los documentos suscritos con anterioridad y posterioridad al mismo con objeto de materializarlo, con expresa imposición de costas a la Sra. Eva por su manifiesta temeridad y mala fe."

TERCERO.- El recurso de apelación fue admitido a trámite.

El día 21 de noviembre de 2006 fue presentado escrito por el procurador sr. Colón Gimeno, en nombre y representación de Dª Eva, de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario, solicitando se "dicte sentencia por la que, desestimando el recurso planteado, se confirme el pronunciamiento estimatorio de la pretensión principal ejercitada en la demanda, contenido en la de primera instancia; con imposición de las costas a la parte hoy recurrente."

CUARTO.- Habiéndose recibido las actuaciones en este Tribunal el día 6 de febrero de 2007, en resolución de 20 de febrero de 2007 se señaló el día 27 de marzo de 2007 para la deliberación y votación del recurso. Este señalamiento hubo de ser dejado sin efecto por asistir el ponente a un curso.

En resolución de 22 de marzo de 2007 se señaló el día 15 de mayo de 2007 para la deliberación y votación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

A) Tras una larga exposición por la parte apelante de los antecedentes del caso, se alega, como primer motivo del recurso, "error en la valoración de la prueba". Se afirma que "todas las premisas de las que parte el juzgado de instancia en su sentencia son erróneas".

Se alude primeramente al consentimiento prestado por la sra. Eva, y la parte apelante expresa su "más absoluta disconformidad con la sentencia de instancia que considera que la sra. Eva no era consciente del alcance de los pactos que iba suscribiendo". Se argumenta que el convenio regulador de separación en el que se contenía la liquidación fue ratificado dos veces en presencia judicial, y que "la supuesta depresión padecida no era invalidante". En relación con esto último, se aduce que la propia parte actora en su demanda decía que "no se pretende afirmar que, como consecuencia de su estado psíquico, mi mandante estuviera incapacitada para la realización de actos o negocios jurídicos"; así como que de los propios informes practicados a instancia de la actora sobre su estado psíquico ponen de manifiesto que "la sra. Eva sabía lo que hacía porque en ningún momento dejó de ser consciente de su persona, teniendo pleno contacto con la realidad".

Como corolario de todo lo anterior, se concluye diciendo que "por tanto, la sra. Eva ni sufrió ningún tipo de presión, sino que voluntariamente salió del domicilio, sabía lo que firmaba e hizo valer sus derechos a través de su abogada. Es más, si nos fijamos en el inventario que se efectúa del mobiliario, obras de arte, y enseres que la sra. Eva se adjudicó en el convenio regulador, el mismo viene redactado de su puño y letra y le fue atribuido absolutamente todo lo que ahí consta reflejado. Este hecho evidencia una vez más que a la hora de pedir, no estaba en absoluto discapacitada, y que intervino activamente en la negociación al redactar ella de su propio puño y letra alguna de sus pretensiones."

En segundo término, se alega que ha existido error en la valoración de la prueba al haberse apreciado la concurrencia de dolo, afirmándose que "el sr. Mariano no actuó con dolo civil". Se argumenta que la sra. Eva conocía el entramado empresarial al haber ostentado cargos de representación en las mercantiles de la familia; y que ningún engaño puede achacarse al sr. Mariano, ya que su esposa "no sólo tenía información de primera mano sobre los bienes que integraban el patrimonio común", sino que el sr. Mariano facilitó a la letrada de su esposa "toda la documentación e información que obraba en su poder."

Se añade que "el sr. Mariano propuso a la sra. Ramos la división al 50% de todos los bienes, y la respuesta fue negativa puesto que, según trasladó la letrada mencionada a d. Mariano, su esposa no quería bienes, sino una importante cantidad en metálico, como finalmente ocurrió (minuto 15 CD I). Hubo negociación y la sra. Eva participó activamente en ella."

Dice el apelante que los vicios del consentimiento han de ser cumplidamente probados por quien los alega; y que en la sentencia recurrida se aprecia la existencia de dolo "en base exclusivamente a conjeturas".

Se resalta el hecho de que la sra. Eva estuviera en todo momento asesorada por abogada de su plena confianza; y se impugna el razonamiento realizado por el juez a quo en relación con los contratos suscritos por la letrada de la sra. Eva en base a los amplísimos poderes que le habían sido conferidos: se argumenta que "todos los contratos firmados por poder son válidos mientras no se demuestre que el poder estaba revocado, o no era bastante". A mayor abundamiento, se resalta el hecho de que los primeros acuerdos fueron firmados personalmente por la sra. Eva, y que "los dos únicos documentos firmados por poder no establecen nada nuevo, sólo ejecutan y materializan los pactos alcanzados en el convenio regulador."

Finalmente, se alega que ha existido error en la valoración de la prueba cuando se afirma en la sentencia recurrida que el marido se atribuyó, en la liquidación controvertida, bienes privativos de su esposa. En relación con ello conviene traer a colación el planteamiento realizado por la parte apelante con respecto a la "consideración como gananciales de todos los bienes adquiridos por los cónyuges constante el matrimonio y después de otorgadas las capitulaciones matrimoniales, con independencia de su titularidad formal". Mantiene la parte apelante que la decisión de otorgar capitulaciones matrimoniales el 11 de julio de 1980 (poniendo término a la sociedad de gananciales existente hasta entonces, e implantando el régimen de separación de bienes), vino única y exclusivamente motivada por la intención de "preservar el patrimonio común de posibles responsabilidades derivadas de una empresa recién creada por el sr. Mariano ESMALGLASS, S.A., cuya evolución se desconocía"; y que "todo el patrimonio adquirido constante el matrimonio era ganancial" (la parte apelante califica en varios momentos de su escrito como gananciales también los bienes adquiridos después de la instauración del régimen de separación de bienes; y se cita incluso el art. 1355 del C. Civil). Se indica que lo pactado en el convenio de liquidación no era sino el reconocimiento de que todos los bienes adquiridos después de disuelta la sociedad eran "comunes", "al haber convivido, durante los largos años posteriores al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, funcionando como una sociedad ganancial, manejando exclusivamente cuentas corrientes comunes -la Sra. Eva ha reconocido no tener cuentas únicamente de su titularidad- y realizando declaraciones de patrimonio imputándose al 50% los bienes de cada uno de ellos (documentos núm. 6, 7 y 8 de la contestación a la demanda)."

B) La parte apelante alega, como segundo motivo del recurso, infracción de "doctrina jurisprudencial ignorada por el juzgado de instancia".

En primer término, se alude a la "renuncia a la acción de rescisión". Se afirma que "es unánime la jurisprudencia que afirma y admite la renuncia a la acción de rescisión"; y considera el apelante que la renuncia en este caso debe deducirse de los siguientes datos indiciarios:

"a) En la estipulación IX del convenio regulador se recoge textualmente: "Con estas adjudicaciones ambos cónyuges dan por recibida su mitad correspondiente en la sociedad de gananciales, no teniendo nada que reclamarse respecto de uno a otro con relación a los bienes, créditos o deudas que conforman su sociedad conyugal".

b) Hay que estar al convenio regulador como un todo unitario, como principio informador de las estipulaciones en él contenidas, debiendo interrelacionarse todas sus cláusulas, no siendo posible la interpretación de una de ellas de forma aislada. Solo así entenderemos cómo es la estipulación V del convenio regulador no se establece pensión alguna con cargo a la madre y a favor de los hijos cuya custodia fue atribuida al padre.

c) La no valoración de los bienes en el convenio regulador.

d) La mención en el convenio de que la separación no produce desequilibrio a ninguno de los cónyuges."

En segundo término, se alude a "la libertad contractual" de los esposos, como principio proclamado en el art. 1323 del C. Civil, y al "principio de la autonomía de las partes". También se hace referencia en este apartado a la doctrina de los actos propios.

C) Como tercer motivo del recurso, se alega "falta de prueba sobre la valoración". Dice el apelante que "sería inexcusable para el éxito de la acción rescisoria la cumplida e inequívoca acreditación por el accionante de la lesión padecida en más de la cuarta parte legalmente prevenida por mor de la partición combatida (art. 1074 CC EDL 1889/1)."; y que tal acreditación "brilla por su ausencia en el caso analizado"; calificando como "estériles" los informes presentados al ser informes de parte. Considera que hubiera sido exigible que se hubiera solicitado "una pericial objetiva, por un perito imparcial", "no siendo de recibo que se tenga por probado un hecho tan relevante sólo a través de un informe de parte."

SEGUNDO.- Nos ocuparemos a continuación del estudio del primer motivo del recurso. Esto es, revisaremos la valoración realizada en la sentencia recurrida sobre la prueba practicada, al objeto de examinar si, según afirma el apelante, son erróneas todas las premisas fácticas de las que el juzgador de la primera instancia deduce la existencia de dolo, como vicio del consentimiento invalidante del acuerdo liquidatorio suscrito por las partes.

El juez de la primera instancia llegó al convencimiento de la concurrencia de dolo invalidante en base a una serie de circunstancias, referidas en el F.J. Segundo de su sentencia, entre las que se alude, en primer lugar, al hecho de que el esposo se adjudicara "en concepto de su parte en la sociedad de gananciales algunos bienes que eran privativos de su esposa (la mitad de las participaciones en Eurogrup Canny, S.L. y las fincas de Benicasim), y unas deudas irreales (la de 120.000 euros con Amivi, S.A. y la de 90.190 euros con la misma entidad), junto con el elemento del activo de mayor valor, las 350 participaciones de Amivi, S.A. que, conforme a la pericial practicada y cuyo contenido no ha sido desvirtuado por prueba en contrario, tenía un valor de 21.845.874,13 euros."; y al hecho de que, vistas las adjudicaciones respectivas, considere que, "atendido el total montante de la liquidación y las partidas adjudicadas al marido, el negocio fue realmente perjudicial para la esposa y muy ventajoso para el marido". Junto con el hecho recién referido, se alude a otras tres circunstancias más: 1) el estado de depresión que sufría la esposa; 2) el que el juez a quo deduzca que era el esposo quien tenía el control de las sociedades "Amivi S.A." y "Eurogrup Canny S.L.", en cuanto que administrador de las mismas, conociendo el funcionamiento y el valor de las mismas, y considerando que no se puede presumir el mismo conocimiento en la esposa, la cual era ajena a la gestión de las empresas; 3) el hecho de que en algunas escrituras otorgadas la esposa no interviniera personalmente, sino representada por su abogada a la que había conferido amplísimos poderes, poniendo en duda que la sra. Eva conociera el contenido de los contratos celebrados en su nombre; y considerando el juez a quo que la intervención de la letrado no excluía la posibilidad de engaño.

Según se dice en la sentencia recurrida, "de la conjunción de todas las anteriores circunstancias se puede inferir la concurrencia de dolo civil en el sr. Mariano quien, prevaliéndose de su posición de control en las empresas participadas por los cónyuges y el trastorno anímico de su esposa, contribuyó a elaborar una liquidación de la sociedad de gananciales claramente perjudicial para la esposa y en absoluto equitativa, induciendo a su esposa a suscribirlo sin que ésta tuviera un conocimiento exacto del alcance de lo que se estaba firmando y que a buen seguro, de haber conocido tal conocimiento, le habría llevado a no suscribir la liquidación."

Antes de proseguir, conviene en este punto recoger la doctrina jurisprudencial interpretadora del art. 1269 del Código Civil EDL 1889/1 , referido al dolo como vicio del consentimiento en los contratos, o más en general, en los negocios jurídicos. En la sentencia del T.S. núm. 569/03, 11 de junio (Ponente: González Poveda, Pedro) EDJ 2003/29668 , se contiene una buena síntesis de dicha doctrina: "... en cuanto al examen de la acción de anulabilidad por dolo ejercitada en la demanda, ha de partirse de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia de 11 de mayo de 1993 EDJ 1993/4418 según la cual "definido el dolo en el art. 1269 del Código Civil EDL 1889/1 como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una acción positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado, y en este sentido se pronuncia unánime la jurisprudencia de esta Sala cuya sentencia de 22 de enero de 1988 afirma que "partiendo de que el dolo no se presume y que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil EDL 1889/1 no dice que se entiende por él ni cuales son las características de la conducta dolosa, toda vez que limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes:

Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.

Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción y otra insidiosa influencia.

Que sea grave si se trata de anular el contrato.

Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes"; la conducta dolosa ha de ser probada inequívocamente, sin que basten meras conjeturas o indicios (sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio EDJ 1994/5572 y 29 de marzo de 1994 EDJ 1994/2867); el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alega -sentencias de 22 de febrero de 1961 y 28 de febrero de 1969 -, no bastando al efecto nuevas conjeturas -sentencia de 25 de mayo de 1945 - (sentencia de 21 de junio de 1978 EDJ 1978/215)."

Sentadas estas premisas generales, en nuestra opinión no ha quedado inequívocamente acreditada la existencia de dolo invalidante de los acuerdos de liquidación. La Sala comparte en lo esencial los argumentos aducidos por la parte apelante en base a los cuales considerar que no ha quedado cumplidamente acreditado el indicado vicio del consentimiento.

Siguiendo el orden de las cuestiones analizadas en el recurso de apelación, refirámonos en primer lugar al estado psíquico o mental de la sra. Eva. Tal y como resalta la parte apelante, la propia parte actora apelada excluye (en su demanda inicial; tanto en sus alegaciones, como al formular sus pretensiones) que el trastorno depresivo sufrido por la sra. Eva hubiera podido incapacitarla para la realización de actos o negocios jurídicos (de forma un tanto imprecisa dice -folio 4- que "no se pretende afirmar que, como consecuencia de su estado psíquico, mi mandante estuviera incapacitada para la realización de actos o negocios jurídicos, pero sí que el mismo limitó de manera importante su inteligencia (para apreciar el alcance de sus actos con trascendencia jurídica y su voluntad)"). De lo que se trata es de valorar si ese estado depresivo podía propiciar o facilitar en alguna medida relevante las posibilidades de que fuera engañada o de que pudiera ser manipulada su voluntad, como indicio en base al cual, unido a otros datos o circunstancias, deducir el engaño.

No creemos que haya quedado acreditada tal cosa. El informe obrante al folio 91, suscrito por el psiquiatra sr. Juan Carlos, resulta en gran medida vago e impreciso. No se precisa exactamente cuanto tiempo duró el tratamiento (sólo que visitó a la paciente a partir del 7 de mayo de 2003) ni en qué consistió este; y tan sólo se indica que la sra. Eva presentaba "un cuadro clínico caracterizado por una sintomatología depresiva de moderada a severa". Es un diagnóstico un tanto genérico. Y de lo declarado por D. Juan Carlos en el acto del juicio tampoco se puede deducir que la sintomatología depresiva que padecía la sra. Eva (no se sabe exactamente hasta cuándo; aunque en el acto del juicio, tras decir que no recordaba bien, se aventuró a precisar sr. Juan Carlos que la segunda vez que trató a la sra. Eva duraría el tratamiento alrededor de un año) tuviera una significación relevante a los efectos que nos ocupan (especialmente teniendo en cuenta que estaba asistida de letrada de su total confianza). Así, declaró que en su opinión la sra. Eva nunca llegó a estar mentalmente fuera de la realidad. Explicó que mientras no aparecen síntomas psicóticos, existe un contacto pleno con la realidad. Dijo que la sra. Eva nunca presentó síntomas psicóticos; y se aventuró a afirmar que aquella era plenamente consciente de sus actos, desde el momento en que no detectó en ella síntomas psicóticos. El que el perito apuntara que en el estado de la sra. Eva "se podría actuar en contra de lo que uno haría", así dicho, no deja de ser una conjetura, una mera posibilidad que ni siquiera tiene porqué incidir sobre la hipótesis del posible engaño.

Tampoco el llamado "informe psicológico" obrante al folio 92 aporta elementos de juicio relevantes.

También compartimos el criterio de la parte apelante con respecto a la valoración que merecen una serie de hechos y datos significativos que no se armonizan bien con la posibilidad de la existencia de dolo civil. De entrada, los acuerdos se fueron concretando y plasmando en sucesivos actos y ratificaciones (dos de ellas ante el juez) a lo largo de varios meses. Tal circunstancia resta verosimilitud a la posibilidad del engaño. El engaño es más fácilmente aceptable o imaginable en los supuestos de rápidas negociaciones, desarrolladas en el marco de determinadas circunstancias que evidencian que se ha tratado de tratos sorpresivos o precipitados. Nada que ver con el caso que nos ocupa; en relación con el cual no puede dejar de ponderarse, muy destacadamente, el hecho de que la sra. Eva estuviera asistida por letrada de su plena confianza. Ciertamente que dicha letrada fue quien asesoró inicialmente a los dos cónyuges. Pero la prueba de la total confianza que existía entre la sra. Eva y la letrada viene dada por el apoderamiento conferido por aquella a esta el día 25 de junio de 2003 (doc. 20 adjuntado con la demanda), y por el hecho de que la letrada siguiera asesorando a la sra. Eva después de la separación (el poder referido no fue revocado hasta el 12 de marzo de 2004 -doc. núm. 26 de la demanda-; y el término de la relación profesional se produjo con la carta de 17 de mayo de 2004 -doc. núm. 27 de la demanda-, a través de la cual la sra. Eva decide poner término a dicha relación, en unos términos perfectamente amistosos y con agradecimiento de los servicios prestados, sin apariencia alguna de reproche por una supuesta extralimitación de los poderes conferidos en el acto de aclaración y cumplimiento del convenio regulador -frente a lo que parece apuntar la parte apelada en su escrito de oposición-). No se comparte el criterio de la parte apelada cuando en el escrito de oposición afirma que la letrada sra. Ramos era la letrada del sr. Mariano, y no de la sra. Eva (folio 821). Se argumenta tal aseveración diciendo que el sr. Mariano contrató, para el proceso de divorcio, los servicios del letrado d. Federico Olucha, compañero de despacho de la sra. Ramos Rubert. Esta circunstancia no impide que la sra. Eva estuviera asistida y asesorada por la letrada sra. Ramos, en una relación con un alto nivel de confianza y de comunicación. No otra cosa puede deducirse de los amplísimos poderes conferidos por la sra. Eva a la letrada. Lo verdaderamente relevante, en nuestra opinión, es que la sra. Eva estaba asesorada por letrada de su total confianza cuando concluyó los acuerdos. El hecho de que dicha letrada sea (según dice la parte apelada) compañera de despacho del letrado que asistió al sr. Mariano en el divorcio evidencia que la relación durante el proceso de separación no era de enfrentamiento sino de consenso, y que los acuerdos de liquidación se produjeron dentro de ese clima de consenso. Pero se ha de insistir: la sra. Eva estuvo asesorada y asistida por letrada de su total confianza; sin que ni siquiera la parte apelada se haya atrevido a cuestionar (al menos abiertamente) la actuación profesional de la letrada, o a insinuar que esta última hubiera tomado parte activa en la maquinación propia del supuesto dolo. Excluidas estas últimas hipótesis, ni siquiera abiertamente esbozadas por la parte apelada, queda el hecho de que la sra. Eva estaba asesorada por letrada de su total confianza.

Las hipótesis apuntadas en la sentencia recurrida en relación con ello (folio 738), como consecuencia de la negativa de la letrada de declarar (ante la complacencia de las dos partes litigantes, que se apresuraron a renunciar al testimonio de la letrada cuando el juez se disponía a examinar la legitimidad de la negativa de la letrada), no son sino conjeturas no suficientemente corroboradas.

Y compartimos el criterio de la parte apelante con respecto a que no se vislumbra claramente la posible relevancia que, en relación con la supuesta maquinación dolosa, aprecia el juez de la primera instancia en el hecho de que en la escritura de compraventa de participaciones sociales de 25 de junio de 2003 y en la de 19 de febrero de 2004, de complemento y aclaración del convenio regulador, la esposa no interviniera personalmente, sino representaba por la letrada a la que había conferido los amplísimos poderes generales tantas veces referidos. No se cuestiona la licitud y validez del apoderamiento, ni la vigencia de este, ni su posible extralimitación en los actos realizados por la apoderada. Y tal y como dice la parte apelante, dichos actos realizados por poder son en buena medida ejecución y

desarrollo de los pactos recogidos en el convenio regulador. Con respecto a la hipótesis apuntada en la sentencia recurrida, de que la sra. Eva pudiera no tener cabal conocimiento de los contratos celebrados en su nombre, hemos de indicar que, con independencia de lo que acabamos de decir, no vemos en qué medida puede ello relacionarse con la supuesta maquinación dolosa, cuando la parte actora apelada no hace partícipe a la letrada en dicha maquinación. Y la hipótesis según la cual el supuesto engaño también habría alcanzado a la letrada, es más difícil de aceptar, ya que al margen de que no se habría explicado suficientemente, en puridad estaríamos no tanto ante un supuesto de dolo del art. 1269 del C. Civil, cuanto ante un supuesto de incompetencia o de negligencia profesional en el desarrollo de las labores de asistencia jurídica.

Según veíamos más arriba, lo que principalmente determina el convencimiento del juez de primera instancia con respecto a que existió dolo, es el hecho de que el acuerdo de liquidación fuera "realmente perjudicial para la esposa y muy ventajoso para el marido", atendida la diferencia de valor (según las valoraciones propuestas por los peritos de la parte actora) de las partidas adjudicadas a una y otro, y atendiendo también al hecho de que, según el juez a quo, el marido se adjudicara bienes que en realidad eran privativos de la esposa, y deudas "irreales". Se viene a argumentar que hubo de haber dolo, porque nadie firma un convenio tan desventajoso si no es teniendo viciado su consentimiento por alguna suerte de maquinación dolosa.

La parte apelante, según hemos apuntado ya antes, niega que el esposo se adjudicara bienes privativos de la esposa, o "deudas irreales"; y no admite las valoraciones cuantitativas realizadas por la parte actora, aceptadas en la sentencia recurrida.

Tal y como se indica en el escrito de oposición al recurso de apelación, no se puede admitir que todos los bienes objeto de la liquidación tengan la consideración de bienes gananciales; compartiendo la Sala las consideraciones que la parte apelada realiza al respecto en su demanda inicial y en el escrito de oposición al recurso. La sociedad de gananciales existente en el matrimonio formado por los litigantes terminó cuando el 11 de junio de 1980 los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales, pactando la aplicación en lo sucesivo del régimen de separación de bienes. Tal otorgamiento de capitulaciones supuso la disolución ipso iure de la anterior sociedad de gananciales, y la correlativa aplicación del régimen de separación de bienes (arts. 1392.4 y 1435 del C. Civil EDL 1889/1). Quedó pendiente de liquidación la sociedad de gananciales existente hasta ese momento. Los bienes adquiridos a partir de ese momento no eran obviamente gananciales sino propios del cónyuge adquirente; o de ambos, en la proporción correspondiente, o por mitad (arts. 393 y 1441 del C. Civil), si fueron adquiridos conjuntamente, o no se puede acreditar cual de los cónyuges los adquirió, o a cual de ellos pertenece el bien o derecho. Y los bienes gananciales adquiridos con anterioridad al 11 de julio de 1980 pasaron a pertenecer a los esposos por mitad (art. 1344 y 1404 del C. Civil), en la comunidad ordinaria postganancial que rige entre la disolución de la sociedad ganancial y su completa liquidación.

En el convenio de liquidación se habla, con evidente impropiedad e imprecisión, de liquidación y adjudicación de los bienes que integraban la disuelta sociedad de gananciales. Impropiedad porque se incluyen bienes adquiridos después de disuelta la sociedad de gananciales. Imprecisión porque ni siquiera se delimita cuales sean los bienes comunes que tenían originariamente la condición de gananciales, en cuanto que adquiridos antes del 11 de julio de 1980. Es claro que no se trataba tan sólo de liquidar la sociedad de gananciales disuelta veintitrés años antes; sino que se trataba de liquidar y repartir todos los bienes copropiedad de los cónyuges a fecha de junio de 2003.

Ya expusimos más arriba el planteamiento que hace el apelante con respecto a los bienes adquiridos después del 11 de julio de 1980, según el cual los cónyuges siguieron manteniendo de facto una comunidad económico-patrimonial después de dicha fecha, siendo comunes los bienes que adquirían, con independencia de la formal titularidad que de los mismos pudiera figurar en los contratos y en los registros públicos.

No faltan indicios de que esto fue realmente tal y como lo cuenta el apelante. Debe de considerarse probado que la finalidad de la instauración del régimen de separación de bienes no fue verdaderamente la de operar una auténtica separación económico-patrimonial entre los cónyuges, sino la de crear una formal apariencia de separación de bienes ad extra, al objeto, según dijo el apelante, de preservar el patrimonio común de posibles responsabilidades derivadas de una empresa recién creada por el Sr. Mariano, "Esmalglass S.A.", cuya evolución se desconocía o era incierta en aquel momento. Y decimos que debe de considerarse probada tal motivación debido a que la parte apelada no la ha negado y se ha referido a ella de forma un tanto evasiva. En el escrito de oposición se dice que "mi mandante ni ha negado ni ha admitido" la causa de la suscripción de las capitulaciones matrimoniales alegada de adverso. Tratándose de un extremo fáctico tan relevante afirmado de contrario, era exigible un pronunciamiento expreso y terminante (no necesariamente solemne -según la terminología empleada por la apelada-, pero sí expreso y claro) sobre el mismo, admitiéndolo o negándolo. Por tanto, discrepamos de la parte apelada con respecto a las consideraciones que hace a este respecto: No haber negado el hecho afirmado de contrario, y referirse a él en los términos un tanto evasivos en que lo hace en su escrito de oposición, entraña una suerte de admisión tácita. De otra parte, es la única explicación razonable al hecho del otorgamiento de las capitulaciones, si lo ponemos en relación con otros hechos diversos corroboradores de la existencia de esa comunidad de bienes a la que se refiere la parte apelante.

En primer lugar, es destacable a este respecto la existencia de varias cuentas bancarias comunes (pág. 9 de la demanda inicial, folios 191, 573) de ambos esposos (no de una sola, explicable quizá por la necesidad de atender gastos comunes).

En segundo lugar, la realización de declaraciones del impuesto sobre el patrimonio en las que se imputan los cónyuges el 50% de los bienes relacionados en aquellas (documentos 6, 7 y 8 de la contestación de la demanda).

En tercer lugar, lo ocurrido en relación con "Amivi S.A.", a cuyas acciones se atribuye carácter ganancial (común, más correctamente), aunque fue constituida el 18 de julio de 1987. La parte actora apelada mantiene que ello fue debido a que todo lo que se invirtió en la sociedad fueron bienes gananciales, sin mayor precisión (también en la demanda inicial -folio 6- se decía, sin que entendamos bien el fundamento de ello, que hay que presumir que todos los bienes gananciales fueron incorporados a dicha sociedad). Este planteamiento no nos parece admisible, dada su vaguedad e imprecisión; y dado que el único bien procedente de la antigua sociedad ganancial que

consta que fue incorporado a "Amivi" fue el inmueble donde estaba el domicilio familiar sito en la calle Asensi, de Castellón de la Plana. Todos los demás inmuebles titularidad de "Amivi" fueron adquiridos con posterioridad a 1987 (algunos mucho después), según puede verse en la propia documentación aportada por la actora apelante (folios 345 a 417). Nuestro convencimiento resulta abonado si tenemos en cuenta que es la propia parte actora apelada la que repetidamente se encarga de dejar claro que la sra. Eva no tenía más profesión que "sus labores", y que era ajena a "Amivi S.A." (en el escrito de oposición se afirma -folio 812- que era el sr. Mariano quien "tomaba decisiones" y quien "hacía y deshacía", calificándose a la sra. Eva como "mero instrumento" o "mera comparsa"). No se armoniza bien esto con el planteamiento general de la parte apelada (esto es, el hecho de que la participación en la sociedad fuera al 50%, habiéndose constituido mucho después a la instauración del régimen de separación de bienes, y siendo la sra. Eva ajena a todo lo concerniente a la constitución y marcha de la sociedad).

En cuarto lugar, también nos parece significativo lo ocurrido en relación con el solar adquirido en 1985 en Benicassim, y la lujosa villa construida posteriormente sobre él. En el registro de la propiedad consta que dichas adquisiciones fueron realizadas por la sra. Eva; y la parte apelada mantiene que no se ha desvirtuado la presunción de titularidad dominical exclusiva de la sra. Eva que se deriva de los libros registrales. La parte apelante argumenta que la sra. Eva no ejercía actividad laboral alguna, y que no ha justificado de dónde procedía el dinero con el que pagar tales adquisiciones, y el préstamo hipotecario que se ha estado pagando durante más de diez años de casi 300.000 ptas. mensuales. La explicación dada por la parte apelada según la cual habría afrontado dichos pagos con los beneficios de su participación en la entidad "Esmalgass", sin más precisión ni especificación, nos parece insuficiente. Nos parece insuficiente ante el hecho concluyente del contenido de los acuerdos de liquidación de junio de 2003, en los que se reconoce el carácter común de dichos bienes. No nos parece verosímil ni ha sido convincentemente explicado el hecho de que, con independencia de la titularidad formal de la vivienda a nombre la sra. Eva exclusivamente (explicable por la intención de preservar esa parte tan importante del patrimonio familiar de las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir el sr. Mariano en su actividad de empresario y de administrador de sociedades mercantiles), si los bienes hubieran sido realmente adquiridos con exclusividad por la sra. Eva, esta última hubiera renunciado a dicha titularidad exclusiva y les hubiera reconocido carácter común en los acuerdos de junio de 2003. No creemos que haya quedado probada la existencia de dolo o engaño con carácter general en la conclusión de dichos acuerdos; y ello nos parece especialmente indudable en relación con los inmuebles de Benicassim a los que nos referimos. Nos preguntamos por la razón que hubiera podido llevar a la sra. Eva a reconocer a dichos inmuebles carácter común si es que realmente hubieran sido de su exclusiva propiedad. Es claramente descartable (por inverosímil) la hipótesis del engaño o dolo. Ni siquiera se explica cómo se habría producido, ni como se habría instrumentado, en relación con estos bienes. Y ni siquiera se ha apuntado la hipótesis de un posible error (hipótesis que se nos presenta en todo caso de todo punto inverosímil, ya que no creemos que pueda existir error entre los cónyuges acerca de a quien pertenecía realmente la residencia veraniega de la familia, más allá de la titularidad formal sobre la misma).

Por tanto, tratándose de una controversia atinente exclusivamente a los litigantes (con trascendencia en sus relaciones internas), no creemos que deba considerarse que la villa de Benicassim perteneciera exclusivamente a la sra. Eva.

Con respecto a la mitad de las 1534 participaciones sociales en la entidad "Eurogrup Canny, S.L." (formalmente de la exclusiva titularidad de la esposa, ya que las adquirió vigente el régimen de separación de bienes), respecto de las cuales se dice en la sentencia recurrida que fueron adjudicadas al marido sin contraprestación económica, de entrada nos parece dudoso que se pueda afirmar tal cosa formando parte dicha adjudicación de un acuerdo global de liquidación como el que nos ocupa. En todo caso, no se aprecia la relevancia que ello pueda tener a los efectos que nos ocupan si, según se dice en los hechos probados de la sentencia recurrida (apartado 11), el valor real de la totalidad de las participaciones en "Eurogrup Canny S.L." era de 0 euros.

Tampoco nos parece significativo para inferir el dolo lo ocurrido con respecto a las denominadas (en la sentencia recurrida) "deudas irreales".

En la sentencia recurrida se indica que el crédito de 120.000 euros que "Amivi S.A." tenía contra la entidad "Alegre-Caballero S.L." se adjudica a los cónyuges en el acuerdo de 25 de junio de 2003 (folios 168 y ss.), cuando el mismo ya había sido atribuido en su integridad a la sra. Eva en el acuerdo de 13 de junio de 2003 (folios 99 y ss.). Se afirma que el 25 de julio de 2003 "Amivi S.A." ya no podía ceder crédito alguno, puesto que ya no era titular del mismo (pues ya lo había cedido el 13 de junio de 2003). No compartimos tal planteamiento, ya que la interpretación del contrato de 13 de junio de 2003 suscita no pocas dudas. En primer término, y según resaltó la parte apelante, el contrato de 13 de junio de 2003 se presenta como un acuerdo "para la posterior regulación" de las relaciones entre los cónyuges con motivo de la separación; y en varias de sus cláusulas se recogen meros compromisos pendientes de desarrollo o concreción futuros, que pudieran entenderse novados o sustituidos por el acuerdo posterior. En particular, los términos de la estipulación VII (folio 102) son un tanto imprecisos o difusos: "La sociedad Amivi S.A. asume la deuda posible que Alegre-Caballero S.L. mantuviera con ella. Amivi S.A. no tiene nada que reclamar a la mercantil Alegre-Caballero S.L., sustituyendo la sra. Eva a la sociedad en su carácter de acreedora". Llamemos la atención sobre el hecho de que ni siquiera se concreta de forma exacta el objeto de la pretendida cesión ("la deuda posible"), ni la causa ni las razones subyacentes de la misma. Dados estos términos, bien pudiera entenderse que se trata de un compromiso o convenio marco, o preliminar, pendiente de desarrollo y concreción futuros.

Otro tanto ha de decirse respecto de la escritura de compraventa de participaciones sociales, de 25 de junio de 2003 (folios 156 y ss.), en relación con el punto VI del acuerdo de 13 de junio de 2003 (folio 102). En la escritura de 25 de junio de 2003 se formaliza la venta de 9.020 participaciones sociales en la entidad "Alegre-Caballero, S.L." por parte de "Amivi S.A." y "Eurogroup Canny S.L.", a los cónyuges, por un precio de 90.020 euros. Y se dice en la sentencia apelada que las participaciones de "Amivi S.A." en dicha entidad ya eran todas de la sra. Eva. En el punto VI del acuerdo privado de 13 de junio de 2003 se decía: "La sociedad Amivi S.A. vende a la sra. Eva las participaciones de que es titular en la sociedad Alegre-Caballero S.L.. El sr. Mariano, en nombre de la citada sociedad, declara en este acto, estar saldado por ello". No hay la debida concreción de la cosa objeto del contrato ni del precio, ni cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la transmisión de participaciones sociales.

También hemos de examinar, a la hora de valorar los extremos fácticos a partir de los cuales se deduce en la sentencia recurrida la existencia de dolo, la consideración del juez a quo según la cual "el negocio fue realmente perjudicial para la esposa y muy ventajoso para el marido". Con independencia de algunas consideraciones que más adelante haremos relacionadas con esta cuestión, y sin entrar en este momento a hacer una valoración exacta y detallada del patrimonio partible, consideramos oportuno matizar la categórica afirmación realizada por el juez de primera instancia, y poner de relieve algunos extremos difícilmente cuantificables pero que en nuestra opinión no pueden dejar de ponderarse. En primer lugar, en la sentencia recurrida se indica, en relación con los bienes de los números 10 y 11 del inventario de bienes, asignados íntegramente a la esposa (10. ajuar, y entre otros, joyas y peletería. 11. otros bienes (cuadros de Sorolla y otros)), que su valor no consta. Ni siquiera han quedado debidamente precisados.

En segundo lugar, es difícilmente evaluable o cuantificable el hecho de que a la esposa se le atribuyera una cantidad muy importante de dinero en efectivo (3.606.000 euros). Dicha suma supone para aquella una ganancia segura y sin riesgos. De otra parte, el matrimonio no disponía de tal dinero en efectivo; habiendo tenido el sr. Mariano que recurrir a préstamos, que conllevan costes y gravámenes. Ciertamente que al sr. Mariano se le adjudicó un importante patrimonio accionario y en participaciones sociales; pero la gestión del mismo conlleva riesgos y exige una gran dedicación (por otra parte, la sra. Eva reconoce que es al sr. Mariano a quien se deben los beneficios derivados de las empresas del matrimonio, diciendo aquella que su presencia en las empresas era meramente testimonial, y que eran totalmente gerenciadas y dirigidas por el sr. Mariano). Todo lo contrario que la importante cantidad de dinero efectivo recibida por la esposa. A este respecto, no carece de sentido la versión expuesta por el sr. Mariano, según la cual fue su esposa quien quiso que en el reparto de bienes se le asignara una importante cantidad de dinero efectivo, antes que una participación al 50% en los bienes del matrimonio; y que la cantidad finalmente asignada fue la máxima de la que se pudo disponer (véanse los folios 597, y 632-3).

No desconocemos que la entidad "Amivi S.A." es titular de un importante patrimonio inmobiliario, en principio altamente revalorizable. Pero su tenencia y gestión también genera a buen seguro gastos y una dedicación importantes.

En tercer lugar, es el esposo quien se comprometió a asumir los cuantiosos gastos de los hijos. El hecho de que se forzara a las partes a modificar la inicial falta de previsión de una pensión de alimentos a cargo de la madre (que se fijó en 300 euros mensuales por hijo) no significa que ello vaya a tener auténtica virtualidad en las relaciones internas de la familia.

En todo caso, el posible perjuicio patrimonial como consecuencia del reparto operado, nos resulta insuficiente para deducir de forma cierta la existencia del engaño. Ya hemos dicho que no ha sido explicado siquiera cómo podría haber sido orquestado el engaño en relación con determinados bienes, como el inmueble de Benicassim en el que la familia tiene su segunda residencia. No se ha precisado cual habría sido la maquinación insidiosa productora del engaño, ni qué extremos conocidos sólo por el sr. Mariano y no por la sra. Eva habrían sido dolosamente silenciados por aquel. Y circunscrita la posibilidad del engaño a los activos consistentes en acciones y participaciones sociales de las mercantiles gerenciadas o teledirigidas por el sr. Mariano, tampoco se nos presenta de forma concluyente la inferencia del dolo. La parte actora apelada mantiene que el sr. Mariano ocultó el valor real de las acciones de "Amivi S.A.". Sin embargo, cuesta creer que la esposa fuera por completo ajena al potencial económico de las empresas explotadas por las sociedades de la familia, en general, y en particular en relación con "Amivi S.A.", cuando era evidente que sobre ella se cimentaba el importante patrimonio familiar y el altísimo nivel de vida del que disfrutaba la familia. Hecha esta consideración, es harto dudoso determinar si la causa eficiente o decisiva del supuesto engaño se debe al presunto silencio doloso del sr. Mariano al no haber informado a su esposa con el debido detalle sobre la situación económica de la entidad, o si se debe a la desidia o dejadez de la propia interesada y de su letrada, si es que estas realmente renunciaron a toda iniciativa encaminada a conocer dicha situación económica de "Amivi S.A.", cuando contaban con sencillas posibilidades (perfectamente factibles y a su alcance) de obtener dicho conocimiento (según se ha demostrado posteriormente; así, se construye la valoración sobre la que se articuló la demanda originadora del presente pleito en base a los datos obtenidos, sin intervención ni intermediación del sr. Mariano, del Registro Mercantil -véase el folio 276-), o con la sencilla posibilidad de bloquear el acuerdo mientras no se dieran por cumplidamente informadas sobre todo ello. Vistas las circunstancias del caso, y que los tratos y la ratificación ante el juez de los acuerdos se prolongaron durante unos cuantos meses, no creemos que se pueda deducir la existencia de dolo en el supuesto silencio o no dación de información del sr. Mariano, cuando este sencillamente podía razonablemente esperar que su esposa velara diligentemente por sus intereses por medio de comprobaciones y verificaciones a su alcance como las que realizó con posterioridad. No creemos que en estos casos de clara negligencia o desidia de la parte interesada a la hora de velar por sus intereses, se deba atribuir al silencio (o pretendido silencio) de la otra parte una inequívoca y dolosa virtualidad insidiosa, y que se considere además dicho silencio como causa auténticamente eficiente o decisiva de la conclusión del negocio. Realmente, es dudoso que el mayor peso del pretendido vicio del consentimiento se deba atribuir a la otra parte en el acuerdo, cuando es la propia parte interesada quien prescinde de elementales o fáciles comprobaciones a su alcance con las que obtener o verificar una información relevante para el asunto. No parece serio imputar a la parte contraria una ocultación de información por su mero silencio, cuando la parte interesada tenía la posibilidad de obtención de dicha información por sus propios medios.

TERCERO.- No habiéndose considerado suficientemente acreditada la existencia de dolo invalidante, procede examinar a continuación la petición deducida con carácter subsidiario en la demanda inicial, y que no fue examinada en la sentencia de la primera instancia.

Aunque previamente hemos de apuntar que no está exento de dudas el que debamos entrar a resolver sobre dicha petición, y que no se deba remitir a la parte interesada a que promueva el nuevo procedimiento que corresponda con el que posibilite un pronunciamiento judicial en la primera instancia sobre dicha pretensión subsidiaria. Efectivamente, el hecho de que no se haya producido pronunciamiento en la primera instancia de este procedimiento es debido a que la parte actora formuló sus pretensiones no de forma alternativa, sino la segunda con carácter subsidiario a la primera, sólo "para el hipotético caso de que la anterior acción" (la ejercitada con carácter principal)"no fuera estimada". Ciertamente que, en buena lógica jurídica, podría entenderse que la solicitud de las dos peticiones de forma alternativa, solicitando el juez que se pronunciara en todo caso sobre ambas, podría dar lugar a pronunciamientos en alguna medida contradictorios. Sea como fuere, nos encontramos con que la segunda petición, en estricta correlación con lo solicitado por la parte

actora, no fue examinada ni resuelta por el juez de la primera instancia. En la sentencia de primera instancia sólo hubo pronunciamiento sobre la primera petición; por lo que sólo este pronunciamiento podía ser impugnado. No hay pronunciamiento sobre la segunda petición. El recurso de apelación tiene por objeto la impugnación de pronunciamientos realizados en la sentencia de primera instancia (arts. 457.2 y 458 de la L.E.Ci.). Véase a este respecto la sentencia núm. 744/05, de 22 de diciembre, de la secc. 4ª de la A.P. de Granada EDJ 2005/304421 . Tan sólo cabe impugnar la falta de pronunciamiento en los casos en que hay falta o ausencia de pronunciamiento sobre una cuestión que tenía que haber sido resuelta; en cuyo caso la ley establece (art. 465.2 de la L.E.Ci.) que el tribunal de apelación debe resolver sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso. Pero no este el caso. Como no podía ser de otra forma, en el caso que nos ocupa, en el escrito de preparación del recurso no se pudo impugnar un pronunciamiento que no se había producido. Aquí no ha habido infracción procesal al dictar sentencia; y no se ha resuelto sobre la segunda petición porque, al ser estimada la primera, no procedía, en estricta correlación con las peticiones de las partes, entrar a resolver sobre la segunda. No habiendo habido pronunciamiento judicial en primera instancia, produce algún reparo el que tengamos que resolver la cuestión per saltum, quedando sustraída dicha cuestión a la doble instancia.

Sin embargo, siendo la cuestión dudosa, y dado que ambas partes se mostraron conformes en que se entre a resolver en esta sede por primera vez sobre la pretensión subsidiaria, procederemos a resolverla. Aunque resulte paradójico que entremos a resolver una pretensión formulada por la parte actora apelada, que no ha interpuesto recurso ni impugnado la sentencia.

CUARTO.- Tal y como indica la parte apelada, en el recurso de apelación se imputa al juez a quo la inaplicación de una doctrina jurisprudencial sobre la "renuncia a la acción de rescisión" que realmente no existió, puesto que ni siquiera se entró a resolver sobre la pretensión subsidiaria de declaración de rescisión por lesión.

Ya explicamos más arriba (en el F.J. 1º) cuales son los argumentos en los que la parte apelante basa su contrapretensión.

Realmente, tenemos que partir de las alegaciones realizadas por las partes en la primera instancia.

Pues bien, la parte actora apelada parte de la valoración por ella realizada de las adjudicaciones acordadas en el convenio de liquidación, según el cuadro que puede verse al folio 22; y afirma que hubo lesión en más de la cuarta parte.

Partiendo de dicho presupuesto, se afirma que cabe la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, en virtud de la remisión operada en el art. 1410 del C. Civil a las normas sobre partición y liquidación de herencia, entre ellas, el art. 1074 del C. Civil.

Y anticipándose a las posibles excepciones que de contrario pudieran oponerse, ya se decía que no podía oponerse que el convenio regulador contenga una transacción (con cita de las sentencias del T.S. de 3 de junio de 2004 EDJ 2004/54926 y de 8 de marzo de 1995 EDJ 1995/585), ni la doctrina de los actos propios (con cita de la sentencia del T.S. de 17 de mayo de 2004 EDJ 2004/40348). Mantenía asimismo que la acción está ejercitada en plazo; y que no puede considerarse que se hubiera renunciado a la acción de rescisión.

Frente a tales argumentos, la parte demandada apelante mantiene que hubo renuncia a la acción de rescisión en base a las consideraciones más arriba realizadas.

También se afirma, según vimos, que los acuerdos controvertidos fueron expresión de la libre autonomía de las partes, y del principio de libre contratación de los esposos; y que la actora no puede ir ahora contra sus propios actos.

QUINTO.- Como cuestión de principio, debemos comenzar por plantearnos si es impugnable un convenio aprobado en sentencia judicial firme.

En la sentencia núm. 51/06, de 26 de mayo, de la Secc. 7ª de la A.P. de Málaga EDJ 2006/306040 , se mantiene que "el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva". Desde este entendimiento, se considera que no cabe que se promueva la declaración de nulidad o invalidez del convenio aprobado judicialmente en procedimiento declarativo ordinario en el que se alegue afectación de la voluntad en la formación del convenio por vicio en el consentimiento; y que la única vía para atacar en esos términos el convenio judicialmente aprobado no sería otra que el recurso de revisión ante el T.S. al amparo del motivo previsto en el núm. 4 del art. 510 de la L.E.Ci..

Sin embargo, la cuestión había sido analizada ya con anterioridad por el T.S., en su sentencia núm. 9/93, de 26 de enero EDJ 1993/509 ; y en ella se indicaba que la impugnación del convenio judicialmente aprobado no tenía que instrumentarse necesariamente a través de los recursos legalmente procedentes contra la sentencia homologadora del mismo. Lo que se razonaba de la forma siguiente (ponente: Gullón Ballesteros, Antonio):

"Tampoco puede constituir un obstáculo el que el convenio regulador de la separación haya sido aprobado judicialmente en la sentencia, de manera que su impugnación -en la parte que atañe a la liquidación de la sociedad de gananciales- tenga que discurrir por la vía de los recursos contra la misma. No es argumento el que el apartado E) del art. 90 del Código Civil EDL 1889/1 diga que podrá hacerse efectivo por la vía de apremio (esto es, de la ejecución de la sentencia), porque lo mismo ocurre, por ejemplo, en las transacciones judiciales (Sentencia de 22 de abril de 1.911, 21 de abril de 1.942 y 10 de julio de 1969; art. 1.816 del Código Civil EDL 1889/1), y sin embargo, el art. 1.817 del Código Civil EDL 1889/1 no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (Sentencia de 10 de abril de 1985), o en la aprobación por auto de las operaciones particionales en el juicio de testamentaría habiendo conformidad o no existiendo oposición de las partes (Sentencia de 7 de febrero de 1969, arts. 1.083 y 1.085 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463). La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlos después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos (apartado E del art. 90 del Código Civil EDL 1889/1), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges. Estas realidades se potencian todavía más, a los fines argumentales en pro del criterio que se mantiene, en el caso de autos, donde la sentencia aprobatoria del convenio que

se impugna dice en su considerando segundo que se hace porque "no contiene cláusula contraria al orden público" (folio 20). Esto es lo que ha examinado el juzgador exclusivamente."

Estos argumentos nos parecen más sólidos o convincentes que los de la sentencia de la A.P. de Málaga antes referida. Esto es, la aprobación judicial del convenio no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene; y la aprobación judicial se produce tras la sola comprobación de que el convenio no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, sin entrar en la corrección de las operaciones liquidatorias que pueda contener, y mucho menos en detenidas comprobaciones sobre el contenido del mismo y sobre la ausencia de vicios de consentimiento de los firmantes del mismo. También las transacciones judiciales tienen el valor indicado en el art. 1.816 del C. Civil y son título que abre la vía de apremio; y son sin embargo impugnables por vicios del consentimiento (art. 1.817 del C. Civil).

Este es también el criterio seguido en la sentencia núm. 161/04, de 31 de enero, de la Secc. 1ª de la A.P. de Córdoba, la cual cita, además de la sentencia del T.S. de 26 de enero de 1993 EDJ 1993/509, otra del Alto Tribunal de 8 de marzo de 1995 EDJ 1995/585.

SEXTO.- Admitida la impugnabilidad del convenio aprobado judicialmente al margen de los recursos legalmente previstos contra la sentencia que lo aprueba, hemos de examinar si, visto lo dispuesto en el art. 1293 del C. Civil ("Ningún contrato se rescindirá por sesión, fuera de los casos mencionados en los números 1º y 2º del art. 1291"), cabe admitir la posibilidad teórica de rescisión por lesión en este caso.

En nuestra opinión sí debe admitirse dicha posibilidad, con arreglo a las previsiones contenidas en los arts. 1291.5º, 1410 y 406 del C. Civil. Tanto el art. 1410 como el art. 406 dicen que son aplicables, tanto a la liquidación de la sociedad de gananciales como a la división de cosa común, las reglas concernientes a la división de herencia; entre ellas, el art. 1074 del C. Civil, sobre rescisión de las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte.

Aunque las partes se refieren casi en exclusiva al art. 1410 del C. Civil, la norma aplicable al caso en mayor medida es el art. 406 del C. Civil; ya que, en los acuerdos de liquidación que nos ocupan, hay una liquidación de la sociedad de gananciales disuelta veintitrés años antes (en 1980) (y cuyos gananciales ni siquiera se especifican o precisan), y, sobre todo, la partición de los bienes comunes de los dos cónyuges adquiridos desde la instauración del régimen de separación de bienes.

SÉPTIMO.- Sentadas las anteriores premisas, son varias las cuestiones que han de estudiarse. Siguiendo el orden expositivo que nos parece más lógico, comenzaremos refiriéndonos a la consideración realizada por la parte demandada apelante, según la cual el principio de la autonomía privada y de libre contratación de los cónyuges, y la doctrina de la prohibición de ir contra los actos propios, vendrían a proscribir la posibilidad de impugnación de la liquidación convenida de mutuo acuerdo.

No compartimos este planteamiento.

Con respecto a los principios del respeto de la autonomía privada, del "pacta sunt servanda", y de la libre contratación de los cónyuges (arts. 1091, 1255, 1258 y 1323 del C. Civil), entendemos que, por sí solos, y enunciados en su generalidad, no impiden que se pueda actuar la posibilidad prevista legalmente de la rescisión por lesión.

Con respecto a la doctrina de prohibición de actuar contra los actos propios, la cuestión es tratada y resuelta (en nuestra opinión de forma muy convincente y fundada) en la sentencia del T.S. núm. 396/04, de 17 de mayo EDJ 2004/40348. En ella se razona de la siguiente forma (ponente: Gullón Ballesteros, Antonio): "El motivo primero acusa infracción de los arts. 7 y 1.325 Cód. Civ., en el particular de la prohibición de controvenir los actos propios, y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla (sic).

Su fundamentación se basa en que la actora carece de acción para solicitar la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales que había existido entre ambos, porque otorgó libre y conscientemente la escritura pública en que aquélla se formalizó lo mismo que el convenio regulador de su separación matrimonial del demandado, hoy recurrente, aprobado judicialmente.

De ello se deduce necesariamente que existe un acto propio de la actora incompatible con su pretensión de rescisión.

El motivo se desestima. La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código Civil EDL 1889/1 (arts. 1.410 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (art. 1.290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen.

Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy calificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina.

Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión."

OCTAVO.- Hay dos cuestiones que se encuentran muy estrechamente relacionadas. Nos referimos a la cuestión relativa a si del contenido del convenio puede inferirse de forma inequívoca o concluyente la renuncia a la acción de rescisión por lesión; y a la cuestión relativa a en qué medida podría verse afectada la previsión legal de rescisión por lesión si se considera que el convenio incorpora una transacción, y si se considera que la transacción a la que obedece el convenio comprende no sólo la partición de los bienes comunes, sino otros aspectos más, muy diversos, de las relaciones entre los litigantes.

A) Con respecto a la cuestión sobre la renuncia a la acción rescisoria, ya hemos dicho que la actora apelada considera (admitiendo que sí es teóricamente posible la renuncia a la acción rescisoria) que no se puede entender que se hubiera producido tal renuncia; en tanto que el demandado apelante mantiene que sí se debe entender producida tal renuncia.

La actora apelada mantiene que la renuncia no consta expresamente, y que la misma no puede tampoco deducirse, de la forma clara y terminante con que sería exigible, del contenido del convenio. Indica asimismo que al tratarse de un acto restrictivo de derechos, siempre debe interpretarse en sentido restrictivo. En todo caso, afirma (con cita de la STS de 11 de junio de 1957), que la renuncia sólo es válida cuando se realiza con conocimiento de todas las circunstancias de hecho que determinan la lesión; aseverando que en este caso "difícilmente puede entenderse que se diera este conocimiento".

El demandado apelante basa su planteamiento en una serie de hechos y datos de los que, en su opinión, no cabe sino deducir la renuncia a la acción rescisoria. Entre dichos hechos o datos, se alude al contenido del convenio. Se resalta que al final de la estipulación IX ("acerca del régimen económico del matrimonio") se dice lo siguiente: "Con estas adjudicaciones ambos cónyuges dan por recibida su mitad correspondiente en la sociedad de gananciales, no teniendo nada que reclamarse respecto de uno a otro con relación a los bienes, créditos o deudas que conformaron su sociedad conyugal".

La propia parte actora apelada se había referido también en su demanda inicial a la cláusula tercera de la escritura de 19 de febrero de 2004, de aclaración y complemento de convenio regulador, en la que se dice que "ambos cónyuges declaran que sus respectivos haberes han quedado totalmente satisfechos, no teniendo nada que reclamarse respecto de uno a otro, con relación a bienes, créditos o deudas que han conformado su sociedad conyugal".

La parte apelante llama la atención también sobre lo dicho en la cláusula VI del convenio regulador ("acerca de la pensión por desequilibrio prevista en el art. 97 del Código Civil EDL 1889/1"): "Los cónyuges reconocen que la separación judicial no produce a ninguno de ellos desequilibrio económico, por lo que renuncian a la misma".

También le parece significativo al actor apelante el hecho de que no haya valoración de los bienes en el convenio regulador. Y cita una sentencia de 4 de abril de 2003 de la A.P. de Córdoba en la que, según se dice, se interpreta que dicha ausencia de valoración "llevaba implícita la renuncia a tal acción".

De otra parte, se alude en este apartado también a la necesidad de valorar "el convenio como un todo unitario", que contiene algo más (o bastante más) que la partición y adjudicación de los bienes comunes. Aunque esto parece que está más conectado con la otra cuestión que también analizaremos en este fundamento jurídico (pero posteriormente).

Ciertamente que en la STS núm. 129/94, de 22 de febrero EDJ 1994/1578, se confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial en la que se había valorado la expresión contenida en un convenio, según la cual los cónyuges decían que no tenían nada que reclamarse, como renuncia a la acción rescisoria.

También se asignó, en la STS núm. 238/03, de 6 de marzo EDJ 2003/3622, la significación indudable de renuncia a la acción de rescisión por lesión, a la declaración de que "el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes". Realmente no era esto lo que se decía en la cláusula séptima del convenio en el supuesto enjuiciado en la sentencia recién citada.

La doctrina contenida en la sentencia del TS núm. 129/94, de 22 de febrero EDJ 1994/1578, ha sido ampliamente recogida y asumida por las Audiencias Provinciales: véanse, por ejemplo, las sentencias números 280/06, de 11 de mayo, de la Secc. 6ª de la A.P. de Pontevedra EDJ 2006/285666, 327/98, de 27 de octubre, de A.P. de Huesca EDJ 1998/36702. La Sentencia núm. 333/06, de 31 de mayo, de la Secc. 5ª de la A.P. de Zaragoza EDJ 2006/93469, se apoya en la STS de 6 de marzo de 2003 EDJ 2003/3622.

No obstante el apoyo jurisprudencial de este planteamiento, no nos resulta el mismo plenamente convincente. Ciertamente que, según se dice en la STS núm. 129/94 EDJ 1994/1578, no es necesario que las renunciaciones, para ser válidas, deban hacerse con "palabras prácticamente sacramentales", sino que "es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncia". Esto es, lo verdaderamente relevante es que las renunciaciones sean "claras, terminantes", y que ello puede venir dado deducido "de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta". Sin embargo, los pactos y declaraciones referidos no nos parece que tengan la significación inequívoca o concluyente, que les asignan la parte apelante y las sentencias citadas. De entrada, hay una diferencia cualitativa importante con respecto al caso que nos ocupa. Y es que en todas las sentencias referidas se parte de unos acuerdos en los que se asigna a los bienes y lotes objeto de la partición un determinado valor convenido por las partes. Quizá se puede contraargumentar que con más razón pudiera deducirse la renuncia cuando, como es el caso, no se da a los bienes valoración alguna. No lo entendemos así. A nuestro entender, si las partes convienen en asignar un determinado valor a los bienes, convencionalmente pactado, es que renuncian a otro tipo de tasación o avalúo; y en tal caso sí que parece que no es admisible que se promueva la rescisión por lesión en base a otra valoración o tasación a la que sí se renunció anteriormente. Por el contrario, si en el convenio no se hace valoración o avalúo algunos, no es tanto que se esté renunciando a una valoración de los bienes cuanto que de hecho, por la razón que sea, se procede a la división y reparto al margen de toda valoración, en base a prudentiales valoraciones y consideraciones de todo tipo no exteriorizadas por las partes. Y ello no debe ser óbice para que, si con posterioridad se tiene noticia o constancia de una valoración determinante de lesión en más de la cuarta parte, se pueda promover la rescisión correspondiente.

Al margen de estas consideraciones, entendemos que las declaraciones o pactos de referencia no tienen el significado pretendido por el apelante, puesto que los mismos se pueden producir a partir de un inicial conocimiento erróneo o inexacto, que en nuestra opinión no tiene porqué vedar la ulterior iniciativa de rescisión por lesión. Este es también el criterio seguido en la sentencia núm. 161/04, de 31 de marzo, de la Secc. 1ª de la A.P. de Córdoba EDJ 2004/14475.

Lo que queremos decir es que nos parece que hay que distinguir entre la renuncia a la acción de rescisión por lesión, y la renuncia a la realización de la pertinente valoración de bienes en el momento oportuno (esto es, con anterioridad a la realización de la partición y reparto de dichos bienes). Nos parece que no son cosas asimilables, y que tampoco se puede deducir la primera de la segunda con el carácter inequívoco o indudable con que ello sería exigible. Quizá no resulte lo más adecuado, desde el punto de vista de lo que debe ser un comportamiento serio, diligente y responsable, convenir un reparto de bienes sin hacer previamente las comprobaciones y valoraciones pertinentes. Pero sentado que ello no nos parece que conlleve inequívocamente la renuncia a la acción rescisoria, debemos

prescindir de tales consideraciones, y atender únicamente a si tal acción es ejercitada cumpliendo los requisitos legalmente exigidos. En la regulación de la acción rescisoria por lesión se parte de un negocio válido, y se prescinde de las circunstancias y motivaciones subyacentes que llevaron a concluirlo (y que pudieran ser un conocimiento erróneo o inexacto del valor de los bienes, basado en errores de conocimiento o faltas de diligencia que no vician el consentimiento por ser no disculpables e imputables al propio perjudicado). Se atiende al único dato objetivo de que exista la lesión legalmente definida (esto es, el agravio económico sufrido en la partición).

B) La otra cuestión es la relativa a en qué medida puede verse afectada la previsión legal de rescisión por lesión si se considera que el convenio incorpora una transacción, y si se considera que la transacción a la que obedece el convenio comprende no sólo la partición de los bienes comunes, sino también acuerdos sobre otros aspectos más, muy diversos, de las relaciones entre los litigantes, estando todos ellos (tanto los aspectos o cuestiones particionales, como las no particionales) relacionados e interconectados.

A ello se refirió muy brevemente la parte actora ya en su demanda inicial, despachando la cuestión con una cita de una sentencia del T.S. (que a su vez cita otra).

El demandado apelante no articula su discurso específicamente sobre el concepto de transacción, sino argumentando desde su consideración de que el convenio contiene pactos sobre extremos diversos y heterogéneos (no solamente sobre la partición de bienes comunes), y que el convenio debe valorarse como un todo unitario.

De una parte, suele considerarse que los acuerdos de contenido patrimonial o, más en general, todos los acuerdos no referidos a las cuestiones de estado civil sustraídas a la autonomía de los particulares contenidos en el convenio regulador de los procesos matrimoniales, constituyen una transacción sometida a la aprobación judicial (así se indica en la sentencia núm. 51/06, de 26 de mayo, de la Secc. 7ª de la A.P. de Málaga EDJ 2006/306040). El art. 1.814 del C. Civil, cuando excluye de la transacción "las cuestiones matrimoniales", se refiere a las cuestiones matrimoniales de naturaleza no patrimonial. Según se dice en las sentencias del T.S. de 17 de junio de 1944 y 13 de octubre de 1966, y más específicamente, en la de 31 de enero de 1985, lo patrimonial reviste carácter privado, y no afecta ni al orden ni al interés público, ni a cuestiones que deban estar sustraídas a la libre disponibilidad de los particulares.

De otra parte, desde antiguo se viene considerando (véanse las sentencias del T.S. de 14 de marzo de 1955, 3 de mayo de 1958, 10 de abril de 1964, 8 de marzo de 1972, 21 de octubre de 1977, 27 de noviembre de 1987 EDJ 1987/8741 , 4 de abril de 1991 EDJ 1991/3468) que la transacción exige la existencia de prestaciones o concesiones recíprocas, pero que no se exige que haya una perfecta igualdad o equivalencia de prestaciones, o paridad de sacrificios o concesiones (que pueden ser de tipo económico o de orden moral). Es más, ha de recordarse que, con base en el art. 1.815 párr. 2º del C.Civil EDL 1889/1 , la concesión realizada por una de las partes puede consistir en la simple renuncia. El designio de poner término a un litigio y de soslayar discusiones pueden mover a las partes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances ni paridad de concesiones.

En la sentencia núm. 590/01, de 18 de julio, de la Secc. 4ª de la A.P. de Málaga EDJ 2001/54301 , se conceptúa como transacción el acuerdo de adjudicación de bienes gananciales a que llegaron las partes. Y en la sentencia del T.S. de 18 de junio de 1962 se apreció la analogía existente entre la transacción y la división voluntaria de cosa común.

En la sentencia núm. 11/00, de 25 de mayo, de la Sala de lo Civil del T.S.J. de Cataluña EDJ 2000/11546 , se excluye la posibilidad de rescisión por lesión del reparto de bienes operada por los cónyuges litigantes, entre otros motivos, por la conceptualización de tal acuerdo como una transacción. Dicha sentencia confirmó la sentencia de 19 de noviembre de 1999 de la Secc. 2ª de la A.P. de Girona EDJ 1999/52968 .

Sin embargo, puede considerarse que aunque en los acuerdos transaccionales no se exija una perfecta igualdad o equivalencia de prestaciones, ello es sin perjuicio de que en la partición de una cosa común, y no constando de forma clara y terminante la renuncia de uno de los comuneros a la totalidad de su parte, pueda promoverse la rescisión por lesión si la partición conlleva un perjuicio en más de la cuarta parte.

Es más, el T.S. ha considerado erróneo el planteamiento según el cual un acuerdo de liquidación y reparto de los bienes comunes de los cónyuges en un convenio regulador, vendría a ser una transacción en relación con la cual no caben más causas de ineficacia que las derivadas de la impugnación por los vicios de consentimiento indicados en el art. 1.817 del C.Civil EDL 1889/1 .

En la sentencia del T.S. núm. 199/95, de 8 de marzo EDJ 1995/585 , se razona de la forma siguiente (ponente: Gullón Ballesteros, Antonio): "SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1692.5º LEC EDL 2000/77463 , alega infracción de los arts. 1396 a 1410 y 1074 del Código civil EDL 1889/1 y arts. 1081 y 1088 LEC EDL 2000/77463. En su fundamentación, sin embargo, el ataque procesal a la sentencia que se recurre se apoya básica y fuertemente en los arts. 1410 y 1074 del Código civil EDL 1889/1, sosteniendo que la liquidación de una sociedad de gananciales en un convenio regulador de la separación, aprobado judicialmente, está sujeto a las normas de impugnación de las particiones hereditarias, no es una transacción como afirma la Audiencia; que, en consecuencia, es viable su resolución por lesión; y que, en fin, una lesión económica importantísima ha sufrido la recurrente según se ha probado en las actuaciones.

La formulación de este motivo adolece inicialmente del mismo defecto del anterior, pero como en realidad se centra en la infracción de dos preceptos concretos, puede ser perfectamente analizado y resuelto.

El tema de este litigio reside en que la actora -hoy recurrente- y el demandado -hoy recurrido- pusieron fin a su convivencia matrimonial mediante una separación judicial instada de común acuerdo, presentando el obligado convenio regulador de la separación. En dicho convenio, en punto a la liquidación del régimen económico ganancial de su matrimonio, se obvió la formación de inventario, avalúo y determinación del haber líquido, procediéndose en su lugar a una adjudicación a cada cónyuge de bienes concretos, con una asunción de deudas por parte del esposo. Al mismo se le adjudicaba, entre otros, "la participación social del matrimonio respecto a todas las explotaciones agrícolas e industriales, así como cualquier tipo de rendimientos económicos o en especie, derivado de ellas, tanto en el pasado, presente y futuro". El convenio fue aprobado en la sentencia de separación por estimar el juzgado que "dicho convenio

regulador ampara suficientemente los intereses de los menores para la actualidad y con base para la adaptación al futuro con cambios en las circunstancias".

Así las cosas, entabla la exesposa demanda de rescisión por lesión en la partición de la sociedad de gananciales y la sentencia recurrida, sin entrar a considerar si efectivamente existía la lesión económica denunciada, desestima la demanda, confirmando en este punto el fallo apelado, porque en una liquidación de sociedad de gananciales en convenio regulador de una separación matrimonial se está ante un contrato de transacción en el que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el art. 1.817 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por tanto, del motivo no se puede examinar si hay o no lesión -tema en el que no ha entrado la Audiencia- sino sobre si tal liquidación es rescindible por lesión. En este único punto que debe ser abordado aquí y la respuesta ha de ser indudablemente afirmativa. Carece de la más mínima base legal la extraña tesis de la Audiencia. En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que las corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad aunque integrado por un conjunto heterogéneo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición. Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas en ella en titularidad sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato, la partición es el resultado de un equilibrio de intereses, una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el art. 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la sentencia de 26 de enero de 1993 EDJ 1993/509 , cuya doctrina se da por reproducida para evitar inútiles duplicaciones."

Más recientemente, la STS núm. 514/04, de 3 de junio EDJ 2004/54926 , reitera dicha doctrina, remitiéndose a la anteriormente citada.

Ciertamente, que con la partición de cosa común se trata de repartir entre los cónyuges el bien o los bienes tenidos en común; y que "la partición no es por sí misma una transacción". Pero el hecho de que la partición no sea una transacción, y de que la partición no contenga siempre y en todo caso una transacción, no implica que una partición no se pueda solventar mediante transacción. No hay impedimento, a nuestro entender, en que la controversia surgida o que pueda surgir con motivo de la partición se pueda solucionar mediante un acuerdo transaccional. Lo que es importante en tales casos, a nuestro juicio, es que quede clara e indudable la posible voluntad del negocio transaccional y la renuncia a que la partición constituya un exacto o equilibrado reparto de bienes entre los comuneros en función de sus respectivas cuotas, si es que la partición operada no es fiel traducción de esa participación que cada comunero tiene en la comunidad. Por tanto, no compartimos, con la rotundidad y generalidad con que está enunciada, la afirmación según la cual no hay ninguna posibilidad legal de eximir la partición de su sujeción a la rescisión por lesión ex art. 1074 del C. Civil; ya que la controversia puede producirse, no sobre la participación que cada comunero tenga en la comunidad, sino precisamente sobre la forma de materializar y llevar a cabo la partición. Y no vemos fundamento o razón para que las diferencias que en tal momento puedan surgir no puedan ser solventadas o soslayadas mediante un acuerdo por virtud del cual alguna de las partes renuncie a que lo que le sea adjudicado sea la traducción exacta de su cuota abstracta de participación.

Lo que sí consideramos fundamental es que tal renuncia conste de forma clara y terminante. En el caso que nos ocupa no consta dicha renuncia de forma clara y terminante. Entre otras cosas, resulta que no constan las valoraciones de los elementos más importantes del haber partible. Y vista la gran desproporción existente entre los lotes adjudicados a uno y otro cónyuge (según veremos en el F.J. siguiente), entendemos que el acuerdo celebrado vino dado como consecuencia de un conocimiento erróneo o inexacto de la sra. Eva, que, si bien no es determinante de un vicio del consentimiento con posible virtualidad anulatoria o invalidante (ya hemos dicho que la parte actora ni siquiera fundó su impugnación del acuerdo en la existencia de error; y que la propia falta de diligencia de la parte interesada a la hora de tutelar sus intereses en el momento de la separación excluía que el conocimiento inexacto o erróneo que la sra. Eva pudiera tener sobre el valor de determinados bienes del haber partible pudiera ser imputada en exclusiva, o como causa eficiente o principal, a una supuesta falta de información por parte del sr. Mariano), no puede escapar a la previsión legal, tan general como estrictamente objetiva, de la posibilidad de rescisión por lesión según el art. 1074 del C. Civil EDL 1889/1 (especialmente, teniendo en cuenta el criterio seguido por el T.S. en sus sentencias números 199/95 EDJ 1995/585 , y 514/04 EDJ 2004/54926).

No creemos que este planteamiento pueda resultar cuestionado por el hecho de que en el convenio impugnado se contengan otros muchos pactos más diversos de los relativos a la partición y reparto de los bienes comunes. Aunque algunos de esos otros pactos, como los referidos a la distribución de obligaciones y cargas relacionadas con los hijos habidos en el matrimonio, tienen unas consecuencias económicas indudables, creemos que se trata de materias separables, y nos parece que deben separarse, visto que las partes no explican las supuestas compensaciones y las interconexiones entre unas cosas y otras, y en el acuerdo de reparto de los bienes comunes se habla una y otra vez de la vocación de las adjudicaciones contenidas en el acuerdo de corresponderse con cada una de las dos "mitades" de los bienes que dicen que corresponden a cada cónyuge.

NOVENO.- Admitida la posibilidad de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, hemos de examinar si efectivamente debe reputarse probada la existencia de dicha lesión.

Ya vimos como la parte apelante sostiene la falta de prueba del hecho de la lesión afirmada de contrario, en función de la descalificación que hace de los informes periciales presentados por la parte actora apelada, en cuanto que son (se dice)"informes de parte", sin que

la interesada solicitara "una pericial objetiva, por un perito imparcial". Se afirma que son informes "estériles" a los efectos pretendidos; puesto que no es "de recibo que se tenga por probado un hecho tan relevante sólo a través de un informe de parte".

Tan sólo en relación con el informe del perito sr. Joaquín se hacen algunas otras consideraciones encaminadas a impugnar su valor probatorio: básicamente, que dicho perito reconoció haber hecho en toda su carrera profesional tan sólo un par de informes como el que nos ocupa; que no pudo acceder a las fincas periciadas; y que la valoración fue hecha en el año 2005, cuando la liquidación es del año 2003, habiendo aplicado un factor corrector disminuyendo el valor de los inmuebles en un 5% únicamente, "cuando por todos es sabido que el sector inmobiliario ha subido más de un 17% anual".

No nos parece estimable la descalificación general que la parte apelante realiza de los informes periciales presentados de contrario.

Según se establece en el art. 335.1 de la L.E.Ci., "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal".

Por tanto, está en perfecta concordancia con las previsiones legales de los arts. 335 y 336 de la L.E.Ci., el que la actora aportara los dictámenes periciales que presentó con su escrito de demanda.

Y siendo perfectamente admisible tal iniciativa probatoria, el demandado apelante prácticamente ha omitido hacer referencias específicas a dichos informes. Con respecto a los hechos afirmados de contrario en base a ellos, en la contestación de la demanda no hay más que la genérica y prácticamente inútil aseveración contenida en el hecho "previo" de la misma, y alguna que otra referencia fragmentaria a ellos en el hecho sexto de la contestación. Se hace una confusa afirmación acerca de que sí que hubo una valoración del patrimonio partible, y que fue la que hizo la entidad bancaria prestamista que concedió el préstamo destinado a pagar a la sra. Eva; indicando que de los 6.000.000 de euros solicitados tan sólo pudieron conseguirse 3.600.000 euros, porque el patrimonio familiar ("ganancial" se dice) no era suficiente para garantizar esta cifra. Y tan sólo se cuestiona la valoración de uno de los inmuebles que constituían el domicilio familiar, para simplemente decir que el valor a tener en cuenta era el que existiera en el momento de la partición (año 2003), no en el momento de hacerse el informe (año 2005).

No se aportó por el demandado informe pericial alguno. Y en el acto del juicio el letrado del demandado renunció a pedir explicación alguna al perito sr. Cristobal (autor del informe pericial sobre la valoración de las acciones de "Amivi S.A."). Tan sólo interrogó brevemente al perito sr. Joaquín.

En el escrito del recurso no se entra a analizar la propuesta de valoración realizada por la parte contraria en base a los informes periciales presentados, limitándose a impugnar la virtualidad o eficacia probatoria de los mismos en base al pretendido defecto de origen de haber sido practicados por peritos no designados por el juez.

Con independencia de que la virtualidad o eficacia probatoria de los informes periciales viene dada, más que por el origen del nombramiento de los peritos que los hagan, por la calidad del contenido del informe en sí mismo considerado, y por lo más o menos convincentes que resulte la información y las explicaciones dadas, el planteamiento de la parte apelante hubiera tenido algún sentido si los informes presentados por la parte actora hubieran sido contradichos o desvirtuados con argumentos convincentes dados por la propia parte en sus alegaciones, o contenidos en otros informes periciales presentados o propuestos por esta. No existen tales argumentos ni tales informes. La parte demandada ha prescindido de toda iniciativa encaminada a realizar valoraciones alternativas, y ni siquiera se ha molestado en formular alegaciones (más que las aisladas más arriba apuntadas) sobre las explicaciones y consideraciones en las que los peritos basan su valoración. Tal planteamiento, visto el contenido de los informes presentados, nos parece inaceptable.

Efectivamente, el dictamen pericial sobre valoración de las acciones de la mercantil "Amivi S.A." (doc. núm. 31 de los adjuntados con la demanda), se basa en información derivada de los datos facilitados por la propia mercantil (las cuentas anuales depositadas en el registro mercantil), y de los propios actos del sr. Mariano (con respecto al valor atribuido a una acción de "Amivi S.A.", la 176, que las partes atribuyeron a la misma en la escritura de venta de dicha acción por la sra. Eva al sr. Mariano, de fecha de 29 de noviembre de 2002 -doc. núm. 30 de la demanda-; y que fue de 55.081,64 euros). Sobre estas premisas, y a la vista del detallado examen realizado en los informes sobre el activo neto real de la entidad (sustentado sobre un importantísimo patrimonio inmobiliario -veáanse los folios 345 a 417-, ya sea detentado en exclusiva por "Amivi S.A." o en copropiedad con la mercantil "Cerante S.A."), en los que no se aprecian errores (por ejemplo, al valorar los inmuebles que no son de la titularidad exclusiva de "Amivi S.A.") ni explicaciones infundadas, entendemos que debe considerarse producida la lesión afirmada por la parte actora. Los escasos motivos con los que el demandado apelante ha cuestionado la corrección de los informes nos parecen poco consistentes. Así, con respecto al hecho de no haber accedido el perito a las fincas periciadas, no creemos que ello constituya un impedimento decisivo, contando con todos los demás datos con los que el perito contó. Con respecto a la villa de Benicasim, ya había dicho el perito que no había podido acceder al inmueble (folio 455). Visto el contenido del amplio y detallado informe practicado (con las fotos que pueden verse a los folios 480, 484 y 485), nos reiteramos en que no creemos que se trate de un impedimento esencial.

Con respecto a la pretendida escasa experiencia profesional del perito sr. Joaquín, es lo cierto que la parte apelante no ha sido capaz de precisar error alguno relevante en los informes del perito. No consideramos tal el factor corrector aplicado de disminución del valor de un 5%, ya que nos resulta simplista y en absoluto fundada la afirmación de la parte apelante sobre la subida general del sector inmobiliario en un 17 % anual.

Debe considerarse acreditada la lesión en más de la cuarta parte, no obstante algunos aspectos de la partición a los que ya nos referimos más arriba. Ciertamente que los lotes no son homogéneos, y que la importante cantidad de dinero efectivo atribuida a la sra. Eva es muy elevada, y comporta una ganancia segura y sin riesgos; frente a los costes y gravámenes que tendría que asumir el sr. Mariano (por sí, o a través de "Amivi S.A.") para sufragar el préstamo con el que poder pagar dicho dinero efectivo asignado a la sra. Eva.

Ciertamente que no ha habido iniciativa alguna por las partes con las que intentar cuantificar o reducir a dinero todas esas consecuencias derivadas de la heterogeneidad de los lotes. Ciertamente que no sabemos exactamente cuales sean los bienes de "ajuar" (joyas, peletería) y "otros bienes" (cuadros de Sorolla y otros), aludidos en las partidas 9 y 10 del haber partible (partidas 6º y 7º del cuadro del folio 22); sin que ninguna de las partes haya tenido interés en precisarlos y valorarlos de forma mínimamente precisa y cabal. Sin embargo la desproporción derivada del desigual reparto motivado por la atribución al sr. Mariano de la totalidad de las acciones de "Amivi S.A." es tal que no creemos que esos aspectos y esas partidas no debidamente valoradas y cuantificadas puedan excluir la lesión en más de la cuarta parte. Fijándonos tan sólo en los dos elementos del activo común de cuantía más importante, las acciones de "Amivi S.A." y la villa de Benicasim, el valor de los mismos supera ampliamente los 23.000.000 de euros. De forma que deberían hacerse dos lotes por un importe mínimo (teniendo en cuenta tan sólo dichos bienes) superior a los 11.500.000 euros. Dado que la sra. Eva recibió 3.606.000 euros en efectivo, la diferencia de valor entre lo que le correspondería y lo que le fue adjudicado sería de 7.894.000 euros, superior a la cuarta parte del valor de su lote (2.875.000). La cuantía del perjuicio o lesión es superior a dicha cuarta parte (con respecto a la forma de calcularse la lesión en más de la cuarta parte, puede verse la sentencia del T.S. núm. 1093/06, de 7 de noviembre EDJ 2006/325624). Y ya decíamos que no creemos que esos aspectos y esas partidas no debidamente valorados y cuantificados puedan excluir la lesión en más de la cuarta parte. Con respecto a los bienes del "ajuar, joyas, peletería" y "otros", ni siquiera debidamente precisados, ciertamente que dichos bienes tendrán un determinado valor del que se beneficia únicamente la sra. Eva. Pero es que, al margen de la gran diferencia de valor existente y de que no se han precisado concretos bienes que puedan ser especialmente valiosos ("cuadros Sorolla", sin más precisión, y poco más) de forma que pudieran compensar la diferencia de valor existente, el valor de dichos bienes debería comenzar por tenerse en cuenta a la hora de determinar el valor total del activo partible, incrementando el valor total apuntado de 23.000.000 de euros, y consiguientemente también el valor de los dos lotes correspondientes a las partes. Tampoco los aspectos no cuantificados derivados de la heterogeneidad de los lotes permiten desvirtuar nuestro convencimiento. Así, no desconocemos los aspectos beneficiosos que tiene la adjudicación de una importante cantidad de dinero en efectivo; y las cargas, costes y dedicación que conllevan los bienes adjudicados el sr. Mariano. Pero en contrapartida no puede olvidarse que el valor de las acciones de "Amivi S.A." se sustenta en un importante patrimonio inmobiliario; y de todos es conocido el proceso de revalorización de los inmuebles que viene produciéndose desde hace años, y que continúa produciéndose indefectiblemente todos los años más allá de las previsiones y pronósticos inicialmente realizados por los analistas económicos.

Dadas dichas deficiencias en la determinación y cuantificación de algunas partidas del haber partible, las oscilaciones del mercado inmobiliario, así como el hecho de que no se hayan valorado debidamente determinadas repercusiones económicas en la asignación de los heterogéneos lotes formados en la partición, entendemos que no procede estimar la primera de las opciones apuntadas en el apartado c) del "suplico" de la demanda inicial (aunque la parte puede optar entre ser indemnizada por el perjuicio o lesión sufrido, o por que se proceda a una nueva partición, es lo cierto que no se ha acreditado que el perjuicio efectivamente producido deba cifrarse exactamente en la cantidad concretamente reclamada -realmente, ya hemos dicho que no se ha determinado con la precisión y exactitud debida el total valor del activo partible-), y que lo más adecuado es remitir a las partes a que procedan a una nueva partición íntegra de los bienes comunes, aunque manteniendo la valoración propuesta por la parte actora apelada con respecto a los bienes de los apartados 1º a 4º de la relación de bienes obrante al folio 22 de las actuaciones. Ya hemos dicho que la parte demandada apelante no ha intentado contradecir las valoraciones propuestas de contrario más que con la inadecuada descalificación de los peritos por razón de su origen o nombramiento por la parte actora, sin entrar siquiera a examinar las razones y los datos en los que aquellos basan las valoraciones propuestas en la demanda inicial. Del contenido de los informes periciales no resultan datos fácticos injustificados, ni explicaciones o razonamientos infundados, irrazonables o arbitrarios (desde luego la parte apelante no ha puesto de relieve la existencia de cosas tales con argumento alguno); y la parte demandada apelante no ha propuesto valoración alternativa alguna.

DECIMO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 398 y 394 de la L.E.Ci., entendemos que no procede hacer pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre las costas procesales derivadas de esta segunda instancia.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE ESTIMANDO, en parte, el recurso de apelación presentado por la procurador sra. Margarit Pelaz, en nombre y representación de d. Mariano, contra la sentencia de 3 de julio de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Castellón, y ESTIMANDO, en parte, la solicitud de rescisión por lesión presentada por el procurador sr. Colón Gimeno, en nombre y representación de Dª Eva, debemos revocar y revocamos la declaración de nulidad por dolo contenida en los dos primeros pronunciamientos de la sentencia recurrida, y debemos declarar y declaramos la rescisión por lesión de la liquidación y adjudicación de bienes de los litigantes contenida en la estipulación IX del convenio regulador de 15 de octubre de 2003 del proceso de separación y de los pactos contenidos en la escritura pública de aclaración y complemento del convenio regulador de fecha de 19 de febrero de 2004, manteniéndose el pronunciamiento contenido en el apartado 3º de la parte dispositiva de la sentencia de 3 de julio de 2006.

Asimismo, debemos declarar y declaramos la procedencia de realizar una nueva partición de los bienes comunes de los litigantes, en los términos precisados en el F.J. penúltimo de esta resolución.

No procede realizar pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre imposición de las costas procesales derivadas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 12040370022007100208