

Resumen

Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda, la AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y confirma dicha resolución. Se ha declarado la existencia de la lesión en más de la cuarta parte, por tanto ha lugar a la rescisión del contrato de liquidación de la sociedad de gananciales suscrito entre los litigantes ante el notario, y se condena a la demandada a reparar la lesión causada en ejecución de sentencia. No ha quedado acreditado la omisión de bienes en la liquidación, y a la recurrente le corresponde la prueba de la omisión, y ésta no produce la nulidad de pleno derecho de la partición. Y las únicas valoraciones más reales son las que han aportado los peritos judiciales.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1074 , art.1077 , art.1224 , art.1361 , art.1410

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SOCIEDAD DE GANANCIALES
CONDICIÓN DE LOS BIENES
Presunción de ganancialidad

SUCESIÓN
PARTICIÓN DE LA HERENCIA
Impugnación
Rescisión por lesión

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo; Desfavorable a: Esposa
Procedimiento:Apelación, Mayor cuantía

Legislación

Aplica art.1074, art.1077, art.1224, art.1361, art.1410 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 21 diciembre 2006 (J2006/331126)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 28 marzo 2006 (J2006/31763)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 17 mayo 2004 (J2004/40348)
Cita en el mismo sentido SAP Vizcaya de 12 diciembre 2002 (J2002/71105)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 23 diciembre 1998 (J1998/27966)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 19 diciembre 1997 (J1997/8995)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 10 marzo 1997 (J1997/1275)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 13 mayo 1996 (J1996/2168)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 15 febrero 1996 (J1996/471)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 25 septiembre 1995 (J1995/4868)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 2 diciembre 1994 (J1994/9241)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 29 noviembre 1993 (J1993/10819)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 20 noviembre 1993 (J1993/10478)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 12 noviembre 1992 (J1992/11115)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 26 noviembre 1990 (J1990/10740)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 7 noviembre 1990 (J1990/10136)
Cita en el mismo sentido sobre SOCIEDAD DE GANANCIALES - CONDICIÓN DE LOS BIENES - Presunción de ganancialidad STS Sala 1ª de 1 febrero 1990 (J1990/914)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 2 octubre 1987 (J1987/6939)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 17 julio 1984 (J1984/7334)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó sentencia con fecha 10 de mayo de 2006 cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Elisa Toranzo Colon, en nombre y representación de D. Alonso contra Dª Antonia, representada por la Procuradora Dª Pilar Sanz Yuste, debo acordar y acuerdo declarar la existencia de la lesión que cita el artículo 1074 del Código Civil EDL 1889/1 y por tanto haber lugar a la rescisión del contrato de liquidación de la sociedad de gananciales suscrito entre los litigantes ante el Notario de Castellón D. Francisco Roca Falcó, el día 17/02/1999 y número de protocolo 520, condenando a la demandada a reparar la lesión causada en ejecución de sentencia, bien practicando una nueva liquidación de los bienes gananciales o indemnizando la lesión causada al demandante en la cuantía que quede acreditada en ejecución de sentencia, y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes se preparó e interpuso contra la misma recurso de apelación por quien como apelante viene reseñado en el encabezamiento de la presente, el que por serlo en tiempo y forma se admitió a trámite, oponiéndose a su estimación la contraparte, tras lo cual se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial donde fueron turnadas a esta Sección 1ª, en la que se formó el correspondiente Rollo, señalándose finalmente para deliberación y votación el 30 de mayo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los de la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que seguidamente se dirán y,

PRIMERO.- Dª Antonia, demandada en el procedimiento de mayor cuantía núm. 365/00, se alza contra la sentencia de instancia que estima la demanda y le condena a reparar la lesión causada como consecuencia del ejercicio de la acción de rescisión por lesión del 1074 del Código Civil EDL 1889/1 de la escritura de liquidación de bienes gananciales suscrito con el demandante, D. Alonso, el 17 de febrero de 1999.

El primer motivo del recurso se refiere a la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada en documento privado y del carácter subsidiario de la acción rescisoria en relación con la eventual nulidad absoluta o relativa de la liquidación formalizada en escritura pública.

Respecto a la primera cuestión, la sentencia de instancia en su fundamento jurídico 3 señala que el acuerdo privado de fecha 19 de enero de 1999 no afecta al fondo del asunto. Dicho acuerdo previo al otorgado posteriormente ante Notario no fue reconocido por el demandante en la instancia y no se pudo practicar la prueba caligráfica (folio 1116). Solicitada en la apelación, el Auto de esta misma Audiencia denegó su práctica por las razones que se expresan en su fundamento jurídico.

Ciertamente el Código civil EDL 1889/1 solo exige la escritura pública para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1.327 / art. 1.280) pero no para la liquidación del régimen económico. Por ello es válido y eficaz entre cónyuges el documento privado mediante el cual liquiden y repartan los bienes de la sociedad de gananciales disuelta (SsTS 4 de febrero de 1994, 7 de noviembre de 1990 EDJ 1990/10136, entre otras) e incluso antes de que se realicen las capitulaciones matrimoniales en previsión de la futura disolución (SsTS 19 de diciembre de 1997 EDJ 1997/8995, 1 de febrero de 1990 EDJ 1990/914, entre otras).

En el presente caso, la apelante presentó junto con la contestación a la demanda (folios 113-116) un documento privado denominado "Convenio de liquidación de sociedad de gananciales" y posteriormente el documento original que no concuerda exactamente con el anterior (folios 728-733). La cláusula 1ª contiene un inventario de 5 inmuebles (el último de ellos, el chalet, sólo la mitad indivisa), participaciones sociales (699 de la mercantil Nelson SL), bancos y efectivo (en blanco) y pasivo (no existe). Todo ello sin su correspondiente valoración. Y en las cláusulas 3ª y 4ª las adjudicaciones correspondientes. Casi un mes más tarde realizan capitulaciones matrimoniales y separadamente escritura de liquidación de sociedades gananciales. En la misma se hacen referencia a los mismos inmuebles, aunque el Chalet ya no aparece en ella, la mitad indivisa y las mismas participaciones de la sociedad Nelson S.L. No obstante se añade un vehículo marca Ford y aparecen tres cuentas bancarias no especificadas en el documento privado y sin mencionar el efectivo. Todo ello con su correspondiente valoración. Las adjudicaciones varían con respecto al documento privado en los bienes introducidos que aparecen en el lote del Sr. Alonso. Además, dicha escritura no hace referencia en ningún momento al previo documento privado de liquidación.

Ciertamente, en los contratos consensuales, la Ley no exige la escritura pública como presupuesto para la existencia del contrato. Si no existe acuerdo anterior vinculante al otorgamiento de la escritura, el contrato nace cuando ésta se otorga. Sin embargo, el problema se plantea cuando, ante el otorgamiento de la escritura pública, existió un acuerdo vinculante constatado de forma privada y, posteriormente se otorga la escritura sin hacer referencia en ella a los pactos anteriores. En tal caso, debemos ceñirnos a la escritura pública sin retroceder hacia actos anteriores, porque lo que se produce es la *renovatio contractus*. Así la STS de 28 de octubre de 1944, ratificada por otras muchas, señaló que no es posible hacer prevalecer contra los términos categóricos y claros del documento notarial una convención anterior.

El art. 1.224 del Código civil EDL 1889/1 hace referencia a la escritura reconocitiva y para que nos encontremos dentro de su ámbito de aplicación requiere que se reseñe en la propia escritura el documento originario puesto que como indica la STS de 17 de julio de 1984 EDJ 1984/7334, su carácter reconocitivo "exige al menos una referencia al acto o contrato primordial".

También es la postura que mantiene la doctrina española. A estos efectos podemos citar a Nuñez Lago, quién señala que siempre que en una escritura pública reconozcamos documentos o negocios jurídicos anteriores, estamos en presencia de una escritura acogida a los supuestos de eficacia del artículo 1.224 del Código Civil EDL 1889/1. De lo contrario su contenido queda independiente y aislado de los pactos previos y anteriores porque la renovación del consentimiento en cuanto a los sujetos, y la refundición del contenido negocial en cuanto al objeto, dotaron de validez interna a un nuevo contrato. Esto es, en presencia de una escritura, la alternativa es clara: o es reconocitiva si encaja en el artículo 1.224 del Código Civil EDL 1889/1 o es constitutiva si queda fuera de los supuestos que claramente alude el artículo 1.224 del Código Civil EDL 1889/1. Es más, como indica González Palomino si la reproducción no coincide con el original intencionadamente habrá un nuevo negocio y no una simple declaración confesoria o de reconocimiento. Diez Picazo entiende que el citado precepto es aplicable (por su antecedente histórico) a las escrituras que cumplen una función estrictamente de reconocimiento "de manera que la solución no se aplica a los casos de sucesiva documentación de la *lex contractus*, cuando los documentos sean discordantes entre sí. Para tal caso, la regla debe ser la contraria, de manera que la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior. Así lo pone de manifiesto la STS de 3 de noviembre de 1982".

En el caso de autos, como ya hemos indicado con anterioridad, la escritura pública suscrita por los esposos de fecha 17 de febrero de 1999 no hace referencia ni reseña la previa liquidación de sociedad de gananciales contenida en el referido documento privado. Por tanto, debemos considerar, con independencia de las vicisitudes por las que haya pasado el indicado documento a lo largo de procedimiento, que los cónyuges suscribieron y emitieron nuevo consentimiento al contrato de liquidación de sociedad ganancial contenido en la escritura pública.

En consecuencia se desestima el motivo de apelación

SEGUNDO.- En su segundo motivo de apelación alega la apelante el carácter subsidiario de la acción ejercitada por el demandante de instancia con relación a la acción de nulidad o anulabilidad. Entiende que el demandante tenía que haber ejercitado la acción de nulidad porque en la escritura de liquidación de sociedad de gananciales se ha incluido bienes privativos como gananciales y se han omitido bienes gananciales en el inventario.

Con respecto al bien alegado por la apelante como privativo (mitad indivisa del Chalet que constituyó el domicilio familiar). Debemos comenzar señalando que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.361 del Código Civil EDL 1889/1 hay una presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras que no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. El art. 1.324 permite como prueba interpartes la confesión realizada por uno de los cónyuges de la privación de un bien perteneciente al otro. Sin embargo, como hemos indicado en el anterior fundamento de derecho, el documento privado de liquidación de bienes gananciales no tiene validez, por tanto no podemos considerar como prueba entre los cónyuges la manifestación contenida en el mismo puesto que en la escritura se encuentra como ganancial. Ello no obsta para que se pueda acreditar por otros medios de prueba cuya carga le compete al apelante. Sin embargo, de la prueba que obra en autos no se ha acreditado el carácter privativo de la mitad indivisa del chalet como muy bien ha quedado explicado por el juez de instancia en los párrafos 4º y 5º del fundamento jurídico 3º al que nos remitimos.

Alega también la apelante que el actor en la instancia debía haber ejercitado una acción de nulidad porque se han omitido bienes gananciales en la liquidación practicada en la escritura pública. La apelante no alega que precepto se ha infringido pero en caso de omisión de bienes en la liquidación, que no ha quedado acreditado en los presentes autos, y a ella le corresponde la prueba de la omisión (STS 21 de diciembre de 2006 EDJ 2006/331126), ésta no produce la nulidad de pleno derecho de la partición (STS de 17 de abril de 1933). Además, se podría solicitar su complemento, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.079 del Código Civil EDL 1889/1 (SSTS 20 de noviembre de 1993 EDJ 1993/10478, 25 de septiembre de 1995 EDJ 1995/4868, 10 de marzo EDJ 1997/1275 y 14 de julio de 1997 y 23 de diciembre de 1998 EDJ 1998/27966, entre otras).

La acción rescisoria por lesión tiene un carácter subsidiario, lo que quiere decir que únicamente puede ser utilizada cuando el perjudicado carezca de cualquier otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, como sería también el complemento de la partición si con ello se puede evitar la rescisión. Esto es, es entendida en el sentido de que cuando el ordenamiento jurídico no otorgue otra acción como remedio para reparar el perjuicio, puede acudir a ella, pero no en caso contrario. Por ello, si se fundamenta la acción en la omisión de bienes y se acredita, el perjudicado debería ejercitar el complemento de la partición (art. 1.079 del Código Civil EDL 1889/1) y se desestimaría la acción rescisoria por lesión (SAP de Vizcaya de 12 de diciembre de 2002 EDJ 2002/71105). El carácter subsidiario de la acción se reconoce de forma unánime por la doctrina jurisprudencial en aras a la conservación del contrato puesto que la acción rescisoria supone la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico válido que no adolece de vicios del consentimiento. Sin embargo, en el caso de autos, el actor fundamentó la acción en la lesión que le producía la liquidación practicada en la escritura notarial y no tenía modo de obtener la reparación del perjuicio si no era ejercitando esta acción. En el suplico solicitaba "...dicte en su día resolución por la que declare la existencia de la lesión que cita el art. 1074 del Código Civil EDL 1889/1 ..." (folio 10). Y, esta acción se encuentra expresamente admitida en la partición hereditaria y aplicable también a la división de la sociedad de gananciales por la remisión que

efectúa el artículo 1.410 del Código civil EDL 1889/1 (STS de 27 de marzo de 2006 EDJ 2006/31763). La apelante alega omisión de bienes gananciales (joyas, obras de arte, dinero en efectivo, etc) en el inventario que no han quedado acreditadas en las presentes actuaciones.

En consecuencia se desestima el motivo de apelación.

TERCERO.- En el tercer motivo de apelación, la apelante hace referencia a la vinculación a los hechos de la demanda señalando que el juez de instancia debía haberse limitado a formular un pronunciamiento declarativo (la rescisión) y, a partir de ahí concederle a su representante el poder que le confiere el art. 1.077 del Código Civil EDL 1889/1 .

El citado precepto establece los posibles resultados de la acción rescisoria por la cual se ha comprobado y declarado la lesión en la partición. Se concede al demandado la posibilidad de evitar la ineficacia de la partición rescindible indemnizando el daño o lesión causada en el reparto de bienes, lo que es manifestación del principio de conservación. Como señala la STS de 17 de mayo de 2004 EDJ 2004/40348 "El demandado tiene la opción del art. 1077 por imperativo legal, no depende para su ejercicio de que la sentencia se la reconozca, y el mismo lo podrá efectuar en la fase procesal que le interese, pues el precepto no indica nada al respecto. Por tanto, no hay inconveniente que lo haga en ejecución de sentencia, para evitar una nueva partición". Ciertamente, en el fallo de la sentencia apelada, el juez de instancia ha omitido que la elección le compete al demandado y, en este aspecto damos la razón a la apelante. No obstante, dicha omisión no puede ser entendida sino como un simple error material que no hubiera evitado que el apelante la ejerciera en ejecución de sentencia.

CUARTO.- En el cuarto motivo, finalmente, la apelante alega que las valoraciones emitida por los peritos son muy superiores respecto a las aportadas por el apelado junto con la presentación de su demanda y ello vincula al juzgador.

El motivo es desestimado puesto que no se da la incongruencia que manifiesta el apelante.

El apelado, demandante en la instancia, en el quinto hecho señala que las valoraciones contenidas en la escritura de liquidación, según precios del mercado en aquella fecha, es notoriamente superior en los adjudicados a la esposa e inferior en cuanto al único inmueble adjudicado al esposo, "como se acreditará en fase procesal pertinente, mediante la pericia que se solicitará" Aporta, como avance de la prueba a practicar, una aproximación de las valoraciones de mercado de los inmuebles en esa fecha, realizadas por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, D. Jesús Bombino Polo (folios 32-36) que posteriormente se acredita que fueron valoraciones realizadas por él mismo (folio 1.100). La apelante solicitó como medio de prueba, entre otras, la pericial para que se valore realmente las participaciones sociales de NELSON S.L y bienes raíces (folios 346 y 347), prueba que también fue solicitada por el demandante (folios 783 y 784).

La aportación de dictámenes preconstituidos en el proceso ha sido una práctica habitual, con la intención de valorar el interés y la posibilidad de acudir a la vía judicial. Ha sido usual, aportarlos junto con la demanda o la contestación a la misma, sin embargo se ha discutido su valor probatorio en el proceso. Y, en este sentido, nuestro Tribunal Supremo, en una extensa línea jurisprudencial ha venido a negar su valor probatorio. Los informes preconstituidos carecen de cualquier eficacia probatoria si no ha sido adverbados dentro del procedimiento; su realización fuera del juicio sin las garantías procesales y no cumpliendo con la normativa que exige la Ley Procesal Civil EDL 2000/77463 no sólo niega su carácter de prueba pericial (SS 12 de noviembre de 1992 EDJ 1992/11115 , 29 de noviembre de 1993 EDJ 1993/10819 y 2 de diciembre de 1994 EDJ 1994/9241 , entre otras), sino que además, en cuanto conculca el principio de contradicción al omitir toda intervención de la parte adversa, puede acarrear indefensión, denunciabile en casación (STS 15 de febrero de 1996 EDJ 1996/471). Otra línea jurisprudencial, señala que dichos dictámenes no pierden su naturaleza intrínseca de prueba pericial, siendo lo importante en la apreciación de los mismos el carácter especializado del contenido que incorporan al pleito (STS 26 de noviembre de 1990 EDJ 1990/10740 y 13 de mayo de 1996 EDJ 1996/2168 , entre otras). Y, otras realizan una valoración conjunta de la prueba (STS 2 de octubre de 1987 EDJ 1987/6939 y 26 de noviembre de 1990 EDJ 1990/10740 , entre otras).

Además, en el caso de autos ambas partes solicitaron la pericial judicial de expertos para emitir informe sobre la valoración de inmuebles y participaciones sociales. Emitido el informe pericial, la parte apelante no solicitó ninguna aclaración y sí lo hizo en el trámite de conclusiones finales (folios 981-996). Posteriormente, como diligencia para mejor proveer se solicitó una ampliación del informe (folios 1017-1031) que fue contestado de manera correcta en la comparecencia (folios 1097-1099).

El juez de instancia no ha incurrido en la incongruencia que manifiesta la apelante puesto que, el informe aportado junto con la demanda poco valor tiene si, como ha quedado acreditado, no fue realizado por el Agente de la Propiedad Inmobiliaria (folio 1100). Además, el art. 1.074 del Código civil EDL 1889/1 al que se remite el 1.410 del mismo Cuerpo Legal conduce a decidir con base en tal acción en la que se sustenta la demanda y concretamente su súplica. El mentado precepto establece que para determinar la lesión en más de la cuarta parte "se atenderá al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas". Y, a este valor es al que se encuentra vinculado los tribunales.

En el caso de autos, las únicas valoraciones más reales son las que han aportado los peritos judiciales. La Comparecencia (folio 1097) y la ampliación del dictamen judicial (folios 1017 a 1032) realizada por D. José Augusto (Doctor Arquitecto Técnico) han sido esclarecedora con respecto a la discrepancia de valoraciones (folios 258 a 341). Las aclaraciones de cómo ha ido procediendo a la obtención de los valores de los bienes, etc., ofrecen la máxima credibilidad sobre el valor real de los bienes en el momento en que fueron adjudicados (art. 632 LEC EDL 2000/77463). En consecuencia se desestima el motivo de apelación.

TERCERO.- Las costas de esta alzada se le imponen a la parte recurrente cual autoriza el artículo 398 de la LEC EDL 2000/77463 .

VISTOS los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Antonia, contra la sentencia dictada en los autos de juicio de mayor cuantía seguidos bajo el núm. 365/00 del Juzgado de 1^a Instancia núm. 6 de Castellón, la confirmamos, con él solo particular de corregir el simple error material, añadiendo con anterioridad a "y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada" lo siguiente:"a elección del demandado en ejercicio de la facultad del art. 1.077 del Código Civil EDL 1889/1 ". E imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Expídase testimonio de esta resolución que, junto a los autos originales, serán remitidos al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 12040370012007100172