



Roj: **STS 1228/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1228**

Id Cendoj: **28079110012018100181**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2018**

Nº de Recurso: **2544/2015**

Nº de Resolución: **177/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 177/2018

Fecha de sentencia: 03/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2544/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra **Lucan**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA. SECCIÓN 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2544/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra **Lucan**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 177/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra **Lucan**

En Madrid, a 3 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.^a Constanza , representada por la procuradora D.^a Blanca Rueda Quintero bajo la dirección letrada de D. José Luis de Castro Martín y D. Pablo Morenilla Allard, contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2015 y el auto de aclaración de fecha 29 de mayo del mismo año por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación n.º 283/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1308/12 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Santander, sobre reclamación de cantidad por premio de lotería. Ha sido parte recurrida D. Avelino representado por la procuradora D.^a María José Moruno Cuesta y bajo la dirección letrada de D. Francisco V. Díez Iglesias.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra **Lucan**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Avelino interpuso demanda de juicio ordinario en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda declarase:

«1.º) Que el importe del Premio de la Lotería Bono Loto celebrado el día 31 de octubre de 2001 es ganancial y pertenece al activo de la Sociedad de Gananciales formada por los esposos D. Avelino y D.^a Constanza , que ascendió a un millón ochocientos setenta y seis mil cuatrocientos diez euros con diez céntimos 1.876.410,10 euros.

»2.º) Se proceda a practicar la Liquidación Judicial de la Sociedad de Gananciales disuelta el día 23 de julio de 2002, incluyendo referida suma en el activo, asignando a mi representado la mitad (50%) de referido importe, en poder exclusivo de la esposa, y que asciende a la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCO EUROS CON CINCO CÉNTIMOS (938.205,05 €), condenándole a su completo y definitivo pago más los intereses devengados desde al menos la liquidación de la sociedad de gananciales (23 de julio de 2002) con arreglo a lo dispuesto en el art. 1397 del Código Civil .

»3.º) Subsidiariamente se declare, por un lado, la inaplicación de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales llevada efecto en le localidad de Pereira (Colombia) el día 5 de mayo de 2003 por el letrado D. Rubén Darío Castaño López, y aún en el hipotético supuesto de que se declare aplicable, se decrete nulidad radical y absoluta.

»4.º) A las costas del procedimiento.

2.- La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Santander y fue registrada con el n.º 1308/2012 .

3.- Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó a la misma mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia desestimando la demanda con condena en costas al actor.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza de Adscripción Territorial en el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y en funciones de apoyo en el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 dictó sentencia n.º 144/2014 de fecha 31 de marzo, con el siguiente fallo:

«Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Peña Revilla, en la representación que tiene encomendada en el procedimiento, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones frente a ella formuladas en este procedimiento.

»Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Avelino .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria, que lo tramitó con el número de rollo 283/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Avelino contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Santander, la que debemos revocar y revocamos. En consecuencia, con estimación de la demanda declaramos que el premio litigioso era ganancial, que se ocultó en la liquidación de gananciales, condenando como condenamos a la demandada a pasar por tal declaración y a que abone al actor la cantidad de 983.205,05 euros y al abono de sus intereses



desde la fecha de la liquidación, además a las costas de la instancia; y sin imposición de las costas de esta alzada».

6.- D.^a Constanza , a través de su representación procesal, interesó la aclaración de la anterior sentencia, dictándose auto de fecha 24 de marzo de 2015 que acordaba no haber lugar a la aclaración, subsanación o complemento de dicha sentencia.

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- D.^a Constanza interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Con fundamento en el artículo 469.1.2.º LEC , se denuncia la infracción del artículo 218.1.II y 2, en relación con el artículo 281.2 de la misma Ley , puesto que la sentencia impugnada expresa una motivación manifiestamente irrazonable en la que se incluyen proposiciones abiertamente contradictorias entre sí e incompatibles con la doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los mencionados preceptos.

»Segundo.- Con fundamento en el artículo 469.1.4.º LEC , se denuncia la infracción de los artículos 413.1 y 10 de la misma Ley , al haberse dictado una resolución estimatoria de una pretensión respecto de la cual el demandante carece de legitimación tras el desistimiento de la acción subsidiaria de nulidad de la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, de fecha 5 de mayo de 2003, otorgada por las partes ante el Notario de Pereira (Colombia).

»Tercero.- Con fundamento en el artículo 469.1.2.º LEC , en relación con el artículo 218.1.II y 2 de la misma Ley procesal , se denuncia la manifiesta irrazonabilidad de la motivación jurídica de la sentencia impugnada al resolver el litigio conforme al Derecho español sin pronunciarse acerca de la acreditada consumación de la separación de hecho de los cónyuges que, conforme a la doctrina jurisprudencial, "excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges".

»Cuarto.- Con fundamento en el artículo 469.1.2.º LEC , en relación con el artículo 218.1 LEC , se denuncia la incongruencia *extra y supra petita* del fallo de la sentencia recurrida al conceder cosa distinta y por un importe superior de lo solicitado en el suplico del recurso de apelación».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la norma de conflicto del artículo 9.2 del Código Civil , que somete la regulación de los efectos económicos del matrimonio a la ley personal común de los cónyuges, en el caso, la ley colombiana; y consiguiente infracción de las normas del derecho civil colombiano y de la doctrina jurisprudencial que las interpreta y aplica, normas y doctrina en la que con toda claridad se establece que "la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal" (artículo 167 del Código Civil de la República de Colombia), sin que pueda entenderse por tanto que las adquisiciones hechas por los cónyuges después del cese de su convivencia tengan la condición de adquisición ganancial.

»Segundo.- Infracción de las normas del derecho civil español y en particular, conforme a lo establecido en una sólida corriente jurisprudencial que explícitamente señala que la "libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales", del artículo 1393.3.º del Código Civil , en relación con el artículo 7.2 del mismo Código , preceptos de los que la jurisprudencia desprende que "es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia", entendiéndose además que la reclamación por un cónyuge de lo obtenido por el otro tras la separación de hecho es "un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar (el cónyuge que pretende la declaración del carácter ganancial de lo adquirido por el cónyuge con el que ya no convive) un aparente derecho más allá de sus límites éticos" (sentencias del Tribunal Supremo 238/2007, de 23 de febrero ; 417/2000, de 26 de abril ; y 31/1998, de 27 de enero , entre otras muchas resoluciones que confirman una orientación jurisprudencial consolidada)».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.^a Constanza , contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2015 (auto denegando la aclaración de 23 de abril de 2015) por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria en el



rollo de apelación n.º 283/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1308/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Santander».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 19 de febrero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes.

1.- El 21 de noviembre de 2012, D. Avelino, alegando su condición de esposo de la demandada en la fecha en que resultó agraciada por un premio de bonoloto (por importe de 1.876.410,10 euros), interpuso demanda por la que reclamaba el 50% del premio (938.205,05 euros), que a su juicio le correspondía por ser un bien ganancial.

En la demanda alegó, en síntesis, que ambos cónyuges, naturales de Colombia, tenían la doble nacionalidad por llevar varios años residiendo legalmente en España; que el matrimonio se habla venido rigiendo desde su celebración por el régimen de gananciales; que aunque durante su estancia en nuestro país hablan vivido separados durante un largo tiempo, reanudaron su convivencia a principios del 2002; que el 23 de julio de 2002 otorgaron escritura de separación de bienes ante notario de Santander (España); que la demandada insistió en la idea de divorciarse y ambos cónyuges apoderaron a un letrado para dichos trámites, de modo que el 5 de mayo de 2003 otorgaron escritura de liquidación de la sociedad conyugal y el 15 de mayo de 2003 el Juzgado de Familia de Pereira Risaralada (Colombia) decretó el divorcio de mutuo acuerdo de las partes; y que mucho tiempo después (a primeros de octubre de 2012) fue cuando el demandante tuvo conocimiento de que a su esposa le había tocado la bonoloto en el sorteo celebrado el 31 de octubre de 2001, hecho que la demandada había ocultado a toda la familia, en particular al demandante.

En la fundamentación jurídica de la demanda invocó los arts. 1351, 1361 y 1392 CC, sobre el carácter ganancial de las ganancias obtenidas constante matrimonio por cualquier cónyuge mediante el juego, sobre la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio y sobre la extinción del régimen de gananciales por pacto de un régimen económico distinto. Argumentó que la misma solución resultaba del derecho colombiano porque según el art. 1781.2 CC colombiano el haber ganancial está compuesto «de todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio» y porque el art. 1795 CC colombiano establece que «toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario».

Argumentó que se divorciaron en Colombia y liquidaron allí la sociedad de gananciales porque al afectar al estado de las personas, por exigencias del principio de extraterritorialidad del derecho colombiano debían hacerlo en ese país, pero en cambio negó que procediera la «aplicabilidad» de la liquidación realizada en Colombia a los bienes que se encontraban en España, en particular a un premio de lotería generado en territorio español y procedente del Estado español de acuerdo, según dijo, con los arts. 10 CC español, art. 22 LOPJ y art. 20 CC colombiano, que establece la aplicabilidad del derecho colombiano a los bienes que se encuentren en Colombia.

Para el caso de que no se entendiera así, defendió que la escritura de liquidación era nula: i) porque el abogado que la otorgó en Colombia se extralimitó, al incluir una cláusula de renuncia a cualquier reclamación aunque aparecieran otros bienes o a cualquier pretensión judicial o extrajudicial dirigida a modificar lo desconocer la partición hecha; argumentó que tanto con el derecho español como con el derecho colombiano el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato (arts. 2157 del CC colombiano y art. 1714 CC español); ii) porque hubo error en el objeto y vicio en el consentimiento, hubo reserva mental y fraude, dolo y error, puesto que no se incluyó el premio en el haber ganancial porque se ocultó; todo ello lo apoya conjuntamente en los preceptos españoles y colombianos sobre vicios del consentimiento y nulidad contractual.

Añadió que debía realizarse una liquidación en España en la que se podría tener en cuenta el derecho colombiano, en particular el art. 1824 de su Código civil que impone la pena de pérdida de la porción que le corresponda al cónyuge que oculta una cosa a la sociedad.



Terminó diciendo que considera aplicable el derecho español y que todas las referencias al derecho colombiano se habían hecho «a efectos meramente dialécticos y excluyente» (sic).

En el suplico solicitó, con carácter principal, que se declarase la ganancialidad del premio y que se practicase la liquidación judicial de la sociedad de gananciales disuelta, incluyendo su importe total en el activo y asignando al marido el 50% reclamado y, con carácter subsidiario, que se declarase la «inaplicabilidad» de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales hecha en Colombia el 5 de mayo de 2003 o, subsidiariamente, su nulidad.

2.- D.^a Constanza se opuso a la demanda alegando: i) la excepción de prescripción extintiva de la acción de nulidad de la escritura de liquidación, de acuerdo con los arts. 1419 , 1300 y 1301 CC ; ii) que ni hubo extralimitación en el ejercicio del poder para el otorgamiento de la escritura de liquidación, porque incluía expresamente el apoderamiento para desistir, transar, ni hubo tampoco extralimitación en la confección del inventario; que el actor obtuvo copia de la escritura en fecha 7 de mayo de 2003, por lo que conoció inmediatamente su contenido; iii) que no hubo error en el consentimiento porque el demandante sabía que a la demandada le había tocado la lotería y, de hecho, ella le entregó sumas de dinero en efectivo con anterioridad y posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, en especial una entrega de 25.000 euros para que comprara un taxi en Colombia, cantidades que no podían proceder de lo que percibía cuidando ancianos y él lo sabía; iii) que el boleto fue pagado por D.^a Cristina , la hija de un anciano al que cuidaba la esposa y, en todo caso, que habría adquirido por usucapión la propiedad de lo reclamado conforme al art. 1955 CC español; iv) que aun suponiendo que hubiera mediado error, el contrato sería anulable y habría prescrito la acción; v) que no hubo engaño ni manipulación y que si se divorciaron en Colombia, mediante el otorgamiento de poderes, fue precisamente porque el esposo quería regresar a Colombia y, de hecho, a finales de 2003 desistieron de una demanda de separación de mutuo acuerdo que se estaba tramitando en el Juzgado n.º 7 de Santander.

Alegó que la convivencia marital entre los cónyuges había cesado en el año 1999, sin que en ningún momento posterior se reanudase, tal y como resultaba de los empadronamientos de uno y otra en España y de las declaraciones de la propia madre del demandante, de sus dos hermanas y de su cuñado acerca de que antes de venir a España en 1999 él mantenía una relación con otra pareja desde hacía unos cinco años; también las declaraciones en el sentido de que sabían que a ella le había tocado una cantidad elevada en la lotería, noticia que conocía toda la familia, incluido el demandante (pág. 33 a 35 y 55 del escrito de contestación y declaraciones ante notario); que al poco de llegar a España ella inició una relación de pareja que se mantendría desde finales de 2009 a 2012. Añadió que ya en junio de 2001 la esposa pidió al Colegio de Abogados de Cantabria la designación de letrado y procurador de oficio para presentar demanda de separación, que en julio le fueron designados, que presentó la demanda y se repartió al Juzgado n.º 3 de Santander (autos de separación 1109/2001), que finalmente se pusieron de acuerdo en retirar dicha demanda (lo que tuvo lugar el 2 de julio de 2002) para no perjudicar el expediente de residencia de él porque, en definitiva, era el padre de sus hijos y, en fin, que dicha separación de hecho desde el año 1999 era una situación «voluntaria y consentida», que no cesó en ningún momento ulterior. Defendió que, de acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo español es contrario a la buena fe y constituye abuso de derecho solicitar la declaración de ganancial de un bien cuando existen patrimonios y economías separadas y una voluntad inequívoca de separación.

Impugnó la alegación del demandante acerca de la no aplicación de la liquidación hecha conforme a la ley colombiana a los bienes que estuvieran en España y defendió que la liquidación era válida y eficaz teniendo en cuenta que la ley aplicable al régimen económico era la colombiana, de conformidad con el art. 9.2 CC español y que se trata de norma imperativa. En consecuencia, defendió la aplicación lo dispuesto en el art. 1775 CC colombiano, conforme al cual, «cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros».

3.- En la fase de conclusiones del acto de la vista, el actor desistió de la acción subsidiaria de nulidad de la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Sus razones fueron las siguientes: (i) tras la audiencia previa, la controversia quedó constreñida al tema de la ganancialidad del premio, admitiendo ambos litigantes la aplicación de la norma colombiana; (ii) la norma colombiana no contiene un precepto análogo al art. 1351 CC y solo contempla que no tienen carácter común las adquisiciones constante matrimonio de un cónyuge hechas por donación, herencia o legado (art. 1782 CC de Colombia), es decir, a título gratuito; (iii) en este caso, la prueba practicada demuestra que el boleto premiado fue un regalo de una amiga, que pagó el precio de la bonoloto y a la que la esposa premiada, en agradecimiento, le donó un millón de pesetas.



5.- La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de la parte demandante, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda.

Sus razones fueron las siguientes: (i) tanto el recurso de apelación como la oposición al mismo giran en torno a la prueba practicada, esencialmente testifical, en cuanto al carácter oneroso o gratuito de la adquisición del boleto que resultó premiado (el de la amiga de la esposa es favorable a esta, el del Sr. Luis Francisco , que fuera pareja de la demandada hasta el año 2012, año de interposición de la demanda, favorable al demandante); (ii) la compra de un boleto de lotería es, salvo prueba en contrario, un negocio oneroso y, en este caso, al ser adquirido por quien estaba casada en régimen de gananciales, se presume ganancial de acuerdo con el art. 1351 CC ; (iii) el art. 1782 CC de Colombia no resulta aplicable al caso, ni siquiera aunque las partes se hayan mostrado conformes con su aplicación, ya que no concurre ninguno de los títulos de adquisición que contempla (donación, herencia o legado), toda vez que la prueba de que fue adquirido por donación y no a título oneroso constante matrimonio correspondía a la demandada, quien no ha podido demostrar que se tratara de un regalo (porque para la Audiencia, partiendo de la contradicción de testificales, resulta más creíble la versión de los hechos dada por el testigo del demandante).

6.- D.^a Constanza interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El recurso se funda en los cuatro motivos que se recogen en los antecedentes de hecho de esta sentencia. Todos ellos se desestiman.

1.- En el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , denuncia infracción del art. 218.1 y 2 LEC , en relación con el art. 281 LEC , por motivación «manifiestamente irrazonable» de la sentencia recurrida, con inclusión de proposiciones abiertamente contradictorias entre sí e incompatibles con la doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los preceptos mencionados. En su desarrollo alega que la decisión de la Audiencia, refrendada en el auto por el que se denegó la aclaración, de aplicar al fondo del asunto el art. 1351 CC español pese a haber declarado antes que ambas partes coincidían en que fuera aplicable el derecho colombiano (art. 9.2 CC , ley personal) fue contraria a la tutela judicial efectiva por incoherente o manifiestamente irrazonable, dado que las normas de conflicto son *ius cogens*, y tienen carácter indisponible (art. 12.6 CC). Alega que a la misma conclusión se llega por aplicación de los arts. 218.1 y 281.2 LEC .

El motivo se desestima.

Esta sala, con carácter general, tiene declarado que la motivación, como derecho incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE , es un requisito de la sentencia que exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión, de forma que este razonamiento pueda someterse a control a través de los correspondientes recursos. Por esta razón, la denuncia por falta de motivación no puede confundirse con una mera discrepancia con las conclusiones que obtiene una sentencia. Estas conclusiones podrán ser revisadas en el marco del recurso de casación, si la falta del acierto que se pretende denunciar se refiere a la valoración jurídica de los hechos y a la aplicación de una determinada norma sustantiva. De esta forma, solo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso por infracción procesal (sentencias 790/2013, de 27 de diciembre , y 294/2012, de 18 de mayo , entre otras).

En el caso, con independencia de la falta de acierto del razonamiento, la sentencia recurrida explica las razones de su fallo, que pueden impugnarse en el recurso de casación. En particular, tras considerar que no ha quedado acreditado que el billete fuera pagado por otra persona diferente a la esposa, lo que por el contrario, para la sentencia de primera instancia habría quedado probado y fue la razón por la que atribuyó al premio carácter privativo, la Audiencia Provincial motiva la razón por la que aplica el derecho español, que no es otra que la existencia en nuestro Código civil de una norma expresa que se ocupa de la naturaleza de las ganancias del juego.

En definitiva, la invocación de la infracción de la norma de conflicto española que llevaría a la aplicación del derecho extranjero y no del derecho español es infracción de norma aplicable revisable en el recurso de casación, como se dirá más adelante.

2.- El motivo segundo se funda en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , por infracción de los arts. 413.1 y 10 LEC y en su desarrollo alega que el demandante carecía de legitimación activa para reclamar con base en la ganancialidad del premio una vez que desistió del ejercicio de la acción de nulidad de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales otorgada ante notario de Colombia, escritura en la que expresamente los entonces cónyuges renunciaron a cualquier reclamación posterior.



El motivo se desestima.

Lo que plantea la recurrente en este motivo es en realidad una cuestión de fondo acerca de los efectos que deben atribuirse a la escritura de liquidación otorgada por los cónyuges y, en consecuencia, acerca de la realidad o existencia del derecho que el ex esposo reclama en su demanda, lo que está excluido del recurso por infracción procesal (sentencias 690/2009, de 21 de octubre , y 276/2011, de 13 de abril , entre otras).

3.- El motivo tercero se funda en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 218.1 y 2 LEC , y alega que la sentencia recurrida es manifiestamente irrazonable porque resuelve conforme al derecho español pero no se pronuncia sobre la separación de hecho como causa de exclusión de la ganancialidad, pese a que cuando tocó el premio (31 de octubre de 2001) la pareja llevaba más de dos años separada y pese a que el propio demandante admitió que su esposa mantenía una relación sentimental desde hacía más de diez años con D. Claudio .

El motivo se desestima.

Por lo dicho al desestimar el motivo primero de este recurso de infracción procesal, con independencia de que se comparta el razonamiento jurídico de la sentencia, lo que es revisable en el recurso de casación, la sentencia expresa las razones por las que sienta las conclusiones del litigio y su fallo y las razones por las que no comparte el criterio de la sentencia de primera instancia. Otra cosa es la revisión del juicio de fondo que pueda hacerse en casación.

4.- El motivo cuarto se funda en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 218.1 LEC , y en su desarrollo denuncia la incongruencia *extra petita* y *supra petita* del fallo, al conceder cosa distinta y por un importe superior a lo solicitado.

El motivo se desestima.

El demandante solicitó que se condenara a la demandada a abonarle 938.205,05 euros, que era la mitad del premio de la lotería y la sentencia recurrida, en su fallo, invirtió el orden de dos cifras y condenó a pagar 983.205,05 euros, incurriendo de forma evidente en un error material subsanable por los medios previstos para ello.

Por lo que se refiere a la condena al pago de la cantidad indicada con intereses desde la fecha de liquidación, coincide con lo solicitado por el demandante en el suplico de su demanda, en la que solicitaba la condena con los intereses «desde al menos la liquidación de la sociedad de gananciales».

Recurso de casación

TERCERO.- El recurso de casación se funda en dos motivos.

1.- El motivo primero se funda en infracción de la norma de conflicto del art. 9.2 CC , que somete la regulación de los efectos del matrimonio a la ley personal común a los cónyuges, que en este caso sería la ley colombiana y, por consiguiente, en infracción de las normas del Código civil colombiano aplicables al litigio y jurisprudencia que las interpreta.

Para el caso de que se considere que el derecho aplicable al caso es el español, se denuncia en el motivo segundo infracción del art. 1393.3 CC , en relación con el art. 7.2 CC y jurisprudencia que los interpreta (en su desarrollo también se cita el art. 1351 CC , por aplicación indebida e incorrecta interpretación), de acuerdo con la cual la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, perdiendo a partir de ese momento los cónyuges sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos después del cese de la convivencia.

2.- El demandante ahora recurrido se opone porque considera que la norma de conflicto es una cuestión de hecho y que los tribunales españoles deben resolver con arreglo al derecho español cuando quien invoca el derecho extranjero que cree que le favorece no lo prueba. Añade que no ha quedado acreditado que el boleto lo pagara D.^a Cristina , tampoco ha quedado acreditada la separación de hecho de los cónyuges y que, en todo caso, con arreglo al derecho colombiano, aunque no exista una regla específica para las ganancias del juego, la presunción de ganancialidad determina que el premio lo sea.

CUARTO.- El recurso de casación se estima.

1.- El art. 12.6 CC sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español». En particular, la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulta de lo dispuesto en el art. 9.2 CC .



En el caso, no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, años antes de venir a España. Resulta indudable que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges, que es lo que aquí se discute, es la colombiana.

Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el derecho español porque consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de la lotería, no procedía la aplicación del art. 1782 CC colombiano (que atribuye al donatario los bienes que adquiera por donación) y entendió que procedía aplicar el derecho español, que atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego.

Esta sala considera que el razonamiento no es correcto.

Las partes no han discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del derecho colombiano que cada una de ellas ha alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del derecho español. A ello hay que añadir que, como ambas partes apuntan en sus escritos, la «aplicación» que del derecho extranjero debe hacer el tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2 , 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio , de cooperación jurídica internacional).

No se plantea por tanto en el presente caso un problema de prueba del derecho extranjero ni la oportunidad de que el tribunal supla la prueba del mismo. Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso con arreglo al derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario, la aplicación al caso del derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, resulta incorrecta.

Procede por ello estimar el primer motivo del recurso de casación, anular la sentencia recurrida y asumir la instancia.

2.- Al asumir la instancia, desestimamos el recurso de apelación del demandante y confirmamos el fallo de la sentencia de primera, aunque por razones diferentes a las esgrimidas por el Juzgado.

a) Por lo dicho, el asunto debe ser resuelto conforme al derecho colombiano.

b) Con independencia de que con arreglo al Código civil de Colombia las ganancias obtenidas en el juego por uno de los cónyuges pudieran considerarse incluidas en el haber ganancial (art. 1781 CC colombiano), y con independencia de que la aplicación del art. 1782 CC colombiano permitiera o no excluir del haber ganancial lo ganado por un cónyuge cuando la participación en el juego se hiciera por un regalo de un tercero en el caso de que tal regalo hubiera quedado acreditado, esta sala considera relevante que, en el caso, con posterioridad a la obtención del premio, las partes disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal.

c) En efecto, consta que el premio se obtuvo en un sorteo de 31 de octubre de 2001 y que, tras otorgar escritura de separación de bienes ante notario en España, los cónyuges otorgaron en Colombia el 5 de mayo de 2003 una escritura de liquidación de la sociedad conyugal en la que no incluyeron el premio de la lotería y renunciaron «a cualquier reclamación, lesión enorme o por aparecer otros bienes o deudas distintos de los aquí relacionados, o a cualquier pretensión judicial o extrajudicial encaminada a modificar o desconocer en todo o en parte la partición que aquí se ha hecho» (f. 40).

Esta escritura fue otorgada en representación de ambos cónyuges por el abogado Rubén Darío Castaño López, en virtud del poder por el que le otorgaron facultades expresas para «recibir, desistir, transar, sustituir, reasumir, conciliar, confeccionar inventarios, negociar y demás de la debida representación».

d) El demandante, que inicialmente ejerció acción de nulidad de la liquidación, según se recoge en la sentencia de primera instancia, «renunció a la acción de nulidad planteada». Subsiste por tanto sin impugnar la escritura de liquidación de la sociedad conyugal otorgada en el año 2003 y procede valorar si, como dice la demandada, aun supuesta la naturaleza ganancial del premio obtenido por la esposa con arreglo al derecho colombiano, el esposo podía renunciar válidamente, con efectos entre las partes, al carácter ganancial de lo ganado en el juego, conforme al art. 1775 CC colombiano, que permite a cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, «renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros».

e) Indudablemente la validez de tal renuncia requeriría que el renunciante estuviera al tanto de la existencia del bien en cuestión, lo que el ex marido niega, argumentando que hasta 2012 no tuvo conocimiento de la ganancia obtenida por la ex esposa.



f) Constan en los autos ingresos y transferencias hechas por la demandada al demandante y en su recurso de apelación el demandante admite que la demandada le entregó antes y después de la liquidación varias sumas de dinero, incluida una cantidad para que se comprara un taxi en Colombia, lo que así hizo. Es evidente que la demandada no hubiera podido hacer frente a tales pagos con lo que percibía como trabajadora del servicio de asistencia domiciliaria en el Ayuntamiento de Santander.

Constan igualmente escritos dirigidos a la demandada por el demandante, quien no niega su autoría, en los que reconoce la buena situación económica de ella y que no quiere su dinero. Constan las declaraciones otorgadas ante notario por la madre del demandante, de sus dos hermanas y de su cuñado, coincidentes todas ellas al afirmar que tuvieron noticia de que a Constanza le tocó a finales de 2001 un premio de lotería de una cantidad elevada, por un boleto que le habían regalado, y que esa noticia la conocía toda la familia, incluido su hijo/ hermano Avelino .

En fin, esta sala no tiene duda de que el demandante conoció en su momento la existencia del premio de la bonoloto y que, con conocimiento del mismo, otorgó la escritura de liquidación en la que se incluyó una renuncia a cualquier pretensión y reclamación.

En consecuencia se desestima la demanda.

QUINTO.- Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

Se imponen a la demandante las costas de primera instancia y las de la apelación (arts. 394.1 y 398.1 LEC).

De conformidad con los apartados 8 y 9 de la disp. adic. decimoquinta LOPJ procede la pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito para interponer el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Constanza , contra la sentencia dictada el 24 de marzo de 2015 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en el rollo de apelación n.º 283/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1308/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Santander.

2.º- Casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por D. Avelino y desestimar su demanda.

3.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No imponer las costas del recurso de casación. Imponer a la demandante las costas de primera instancia y las de la apelación.

4.º- Devolver a la recurrente el depósito para interponer el recurso de casación y la pérdida del depósito para interponer el recurso por infracción procesal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.