Roj: **SAP S 12/2015** - ECLI: **ES:APS:2015:12**

Id Cendoj: **39075370042015100007**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Santander**
Sección: **4**
Fecha: **24/03/2015**
Nº de Recurso: **283/2014**
Nº de Resolución: **128/2015**
Procedimiento: **Recurso de Apelación**
Ponente: **MARCIAL HELGUERA MARTINEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 12/2015,**
STS 1228/2018

FONDO DOCUMENTAL

S E N T E N C I A nº 000128/2015

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Marcial Helguera Martinez

D. Joaquin Tafur Lopez de Lemus

Dª Maria del Mar Hernandez Rodriguez

En Santander, a 24 de marzo de 2015.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario, nº 1308/12, Rollo de Sala nº 0000283/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D. Samuel , representado por la Procuradora Dª. BEGOÑA PEÑA REVILLA, y defendido por el Letrado D. FRANCISCO V. DIEZ IGLESIAS; y parte apelada Dª Ana , representada por la Procuradora Dª. ROSAURA DIEZ GARRIDO, y asistida del Letrado D. VALENTÍN RODRIGUEZ GÓMEZ.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado D. Marcial Helguera Martinez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: 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.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO.

Se desestima la demanda. Se alza el actor.

Hemos quedado ilustrados sobre la historia de los exesposos,hoy litigantes, sobre las relaciones entre sí y con terceras personas,de especial relevancia con el testigo Sr. Luis Manuel .

Sin perjuicio de otras cuestiones las partes vienen a coincidir que como el éxito o fracaso de la demanda supone determinar el carácter ganancial o privativo(con aplicación del Derecho Colombiano) del premio obtenido en la BONO LOTO, lo que a su vez viene determinado por si el boleto se compró con dinero ganancial o fue pagado por una tercera persona que se lo hubiera regalado(a título gratuito), éste se ha erigido en centro del debate y objeto de prueba.

Pero, a su vez, lamentablemente, la prueba, esencialmente testifical y se afirma por el recurrente que contradictoria, no ofrece un resultado tal que pueda aseverarse por el Juzgado que ha llegado a la certeza sobre aquel extremo.

Y por ello que, a su vez, el recurso y su oposición giran sobre el análisis de esos testimonios, el Don. Luis Manuel favorable al relato del actor y el de Dña. Eva , que respalda la tesis de la demandada.

Y finalmente se llega al sumo de la dificultad,cuando el pleito se tiene que decidir con base en las declaraciones testificales-única y más importante prueba,expresa el recurrente-(ambos con sospecha de imparcialidad por las circunstancias que las partes saben y relatan y que, por tanto, no vamos ahora a reproducir)cuando tradicionalmente(en el C. de Comercio como en el derogado art 1248CC) se prevenía a los jueces que cuidaran de no decidir en base a los testigos, aunque coincidieran en sus testimonios. Y esta norma de prudencia, como enraizada en lo más profundo de la experiencia humana,se ha de tener muy en cuenta aunque hoy no quepa ya invocar la norma derogada, sino el art 376LEC .

No obstante los jueces contamos con la carga y servidumbre de tener siempre que decidir.

Por último, también hemos de referirnos a que nos hallamos en apelación. Y que salvo error evidente en la valoración de la prueba la Sala carecerá de fundamento poderoso para revocar la valoración hecha por el Juzgado.

SEGUNDO.

A nuestro juicio hemos de partir de una premisa; y es que la compra de un boleto de lotería por una determinada persona, supone, como negocio oneroso que es, que la persona que compra el boleto ha pagado su precio. En nuestro caso resulta probado e indiscutido que la demandada personalmente se acercó a la administración de lotería correspondiente y obtuvo el boleto.

La segunda precisión es que fue ella la que pagó su precio como contraprestación.

Y, por último, que si ella pagó su precio estando casada en régimen de gananciales la cantidad pagada era ganancial.

El art 1351CC español establece que en este caso,como hemos indicado, el premio es ganancial.

Sin embargo el Juzgado establece como premisa y no se erige en motivo de discusión, que se ha de aplicar la ley personal(ambos son colombianos). Y sirve de fundamento el art 1782 del CC colombiano que distingue el caso en que se produce una adquisición por UNO DE LOS CÓNYUGES por donación, herencia o legado, que pertenecerán al donatario,heredero o legatario, del caso en que la adquisición sea SIMULTÁNEA que tampoco será ganancial sino que "aumentará el haber de cada cónguye".

En una primera aproximación resulta que el importe del premio no se produce por ninguno de los títulos que se dice en el texto colombiano. El dinero recibido no se produce por ni por un legado ni por una herencia, es evidente. Y en cuanto a si se produce por donación, tampoco. Lo ha recibido en virtud de un contrato oneroso, aleatorio, de suerte que la razón jurídica de entregar y recibir esa cantidad no es por negocio lucrativo o por libérrima voluntad de quien paga(el Estado, en su caso) sino porque está jurídicamente obligado(con la donación, legado o herencia se produce por la libérrima y gratuita voluntad del disponente.

En conclusión el título jurídico que se invoca no es aplicable al caso que nos ocupa.

De suerte que a nuestro juicio y al no citarse precepto distinto el juez español puede aplicar el art 1351CC que sí contempla ese supuesto.

A nuestro juicio la prueba practicada no acredita que el boleto fuese pagada por la testigo, sino por la h demandada, con dinero ganancial. Y ganancial es el premio.

TERCERO.

Pero incluso, de respetar los presupuestos jurídicos que las partes vienen a aceptar - art 1782CC colombiano- y partiendo de que la presunción, según nuestra jurisprudencia- no es la gratuidad sino la onerosidad, la gratuidad en la adquisición del boleto(que es lo que se discute) no ha sido probada y en el mejor de los casos, la duda sobre ese hecho perjudica a quien lo alegada, en este caso la demandada. Por cierto que la sentencia acertadamente establece que corresponde a la demanda ex art 217LEC la prueba de la adquisición del boleto regalado.

Las testificales, -la Don. Luis Manuel puede estar mediatizada por su larga relación sentimental con la hoy demandada,así como también de la testigo Dña. Eva así mismo relacionada directa e indirectamente con la demandada, de la que dice recibió un millón de ptas. a consecuencia del premio su testimonio- pueden aportar un testimonio inseguro.

En general y en el caso concreto supone cierto riesgo decidir el pleito por el testimonio de esas personas. Y ello sin necesidad de exponer con pormenor el contenido de sus interrogatorios y respuestas. Pero, además, el mínimo exigible cuando el Juzgado basa su decisión en una testifical es analizar y valorar las dos testificales, la que puede favorecer a uno y la que puede favorecer al otro litigante;mientras que en la sentencia se ignora absolutamente no sólo su valoración sino la propia existencia de su aportación testifical. Y Don. Luis Manuel , insistimos, ha dado datos, refrendados por el resto de la prueba, que sin él seguirían ocultos, y el principal dato ha sido LA PROPIA EXISTENCIA DEL PREMIO o el por qué rellenó el boleto con las cifras que constan(tampoco negado por la demandada). Y en general vemos que responde con precisión a todas las preguntas.

Por otra parte el testimonio de Dña Eva es abstracto o genérico y de respuestas ya imprecisas, ya muy breves, ya de NO RECUERDO,

Pero además, la propia señora demandada ocultó el premio a su marido, lo que hace presumir que entendió que pudiera ser perjudicial para ella comunicárselo. E incluso a partir de esos momentos inicia procedimientos de disolución de la sociedad ganancial(unos 7 meses después del premio), llegando a liquidar la sociedad de gananciales sin hacerle saber a su marido del hecho, ocultando también en este momento la existencia de tan abultada cantidad -1.876.410,10 euros, más de 312 millones de las antiguas ptas- reflejando en la liquidación la insustancial cantidad de 20 euros.

Estimamos,pues el recurso y la demanda. Pues en este caso resulta a todas luces evidente la fuerza probatoria Don. Luis Manuel así como la debilidad casi absoluta del testimonio de Dña. Eva .

CUARTO.

Matizar que tras las vicisitudes procesales que las partes conocen, resultó que definitivamente la demanda se circunscribía a incluir, como adición o complemento a la Escritura de Liquidación de gananciales, el importe de dicho premio y los intereses desde la fecha del otorgamiento de la Escritura de Liquidación de gananciales; y,en definitiva, se condenará a la demandada al abono al hoy actor de la mitad de su importe -983.205,05 euros-.

Por cuanto antecede, el recurso debe ser íntegramente estimado, sin imposición de las costas de esta alzada. Las costas de la instancia se imponen a la demandada, al ser desestimadas todas sus pretensiones y estimadas las del actor (arts. 394.1 y 397 LEC .).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Samuel contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Nº 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.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

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

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente en día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ