

Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 31/2010, de 4 de febrero.

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Carlos Piñeira de Campos, en nombre y representación de Dª Edurne ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. Eloy .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Mª Teresa Ripoll Moncho, en nombre y representación de Dª Edurne , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Eloy y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare *el derecho de Dª Edurne sobre el cincuenta por ciento del premio total, cuya cuantía total era de setecientos noventa y un millón seiscientos noventa y siete mil novecientos sesenta y una pesetas (791.697.961 pts.) equivalente a 4.758.200 Euros, y se condene al demandado a entregar la mitad de dicha suma a la actora, la suma de dos millones trescientos setenta y nueve mil cien euros (2.379.100 euros), así como los intereses y frutos devengados de dicho capital y con expresa imposición de las costas a los demandados si se opusieran a la presente petición.*

2.- El Procurador D. Pedro Montes Torregrosa, en nombre y representación de D. Eloy , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario y se absuelva a mi representado de los pedimentos solicitados en la misma y con expresa condena en costas a la parte actora.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda deducida por la Procuradora Sra. Ripoll Moncho en nombre y representación de Edurne contra Eloy , declaro el derecho de la demandante sobre el 50% del premio de lotería obtenido por ambos, cuya cuantía total fue de 791.697.961.-Pts equivalente a 4.758.200 Euros, y es por ello que, debo condenar al demandado a abonar a la parte actora el importe de DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CIEN EUROS (2.379.100), así como los intereses y frutos devengados de dicho capital desde la fecha en que fue cobrado y con expresa imposición de costas."*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que*

estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr.Montes Torregrosa en la representación ostentada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Alicante con fecha 13 de septiembre de 2004 , en autos de Juicio Ordinario num.0825/03, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, para desestimar como desestimamos la demanda formulada por D^a Edurne y absolver como absolvemos a D. Eloy , de las pretensiones deducidas de contrario, imponiendo a la actora las costas de la primera instancia y sin que proceda imponer las causadas en esta alzada.

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a M^a Teresa Ripoll Moncho, en nombre y representación de D^a Edurne , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes

MOTIVOS: PRIMERO .- Infracción de los artículos 392, 1281 y ss. del Código civil e infracción del art. 385 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de la teoría del enriquecimiento injusto, infracción del principio general del derecho *venire contra proprium actum non valet* , abuso de derecho por la actora, infracción del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , incongruencia omisiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario. **SEGUNDO .-** Infracción de los arts. 14 y 10.1 en relación con el art. 32.1 de la Constitución. Infracción del art. 392 y 393 del Código civil.

TERCERO .- Infracción de los arts. 32.1 y 39.1 de la Constitución. **CUARTO .-** Infracción de los arts. 1 y 1.4 del Código civil . Infracción de los arts. 3.1 y 4.1 del Código civil y art. 1.7 del mismo.

QUINTO .- Infracción de los arts. 3.1 y 4.1 del Código civil . **SEXTO .-** Infracción de los arts. 14 y 10.1 en relación con el 32.1 de la Constitución. Infracción de normas sobre interpretación de los contratos, contenidas en los arts. 1281 y 1285 del Código civil , así como doctrina jurisprudencial.

2 .- Por Auto de fecha 22 de abril de 2008 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido la Procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de D. Eloy , presentó escrito de oposición al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de enero del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por la parte demandante en la instancia y ahora recurrente en casación, doña Edurne se ejerció acción de reclamación de cantidad, exactamente de la mitad de un importante premio de la lotería primitiva (791.697.961 pesetas) basándose en la existencia de una comunidad de bienes ex artículo 392 del Código civil derivada de la convivencia *more uxorio* que mantenía con el demandado, actual parte recurrida, don Eloy .

El hecho básico en que se apoya la acción parte de una convivencia en que ambos, desde aproximadamente 1997, con intermitencias y separaciones, habiendo tenido un hijo en común, hasta que en fecha 10 de abril de 2001 rompen la relación y suscriben un documento, con una serie de pactos, que el primero dice así:

"primero: Que siendo imposible continuar con la vida en común, han acordado zanjar todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando a partir de esta fecha, domicilios independientes comprometiéndose a respetar mutuamente la vida privada del otro."

En ella se contemplan las deudas, gastos pendientes y la venta de una vivienda común hasta su total

liquidación, tras lo cual, se prevé:

"Una vez cumplido lo pactado, reconocen ambos tener por zanjadas cuantas diferencias y cuestiones económicas compartían, sin que tengan nada que reclamarse mutuamente."

Posteriormente, en fecha 12 de mayo de 2001 el demandado es agraciado con el premio de la lotería primitiva a que antes se ha aludido.

SEGUNDO .- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Alicante, de 18 de febrero de 2005 , revocando la de primera instancia, analizando y valorando con detalle las alegaciones y los medios de prueba desestima la demanda porque no considera acreditada *"la voluntad de los litigantes de constituir una plena comunidad económica durante el período de convivencia"* y *"no queda probado que los litigantes convivieran en el momento de ser agraciado el boleto adquirido por el demandado con el premio cuya mitad reclama la demandante"* dando así pleno valor al documento de 10 de abril de 2001 con el que *"los litigantes zanján todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando diferentes domicilios, comprometiéndose el demandado a abandonar la vivienda común"* .

La parte demandante, doña Edurne formula recurso de casación contra la anterior sentencia, recurso de muy dudosa admisibilidad, porque lejos de exponer *la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*, como dice el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , hace una larga introducción en el que expone su posición y, a continuación, en sucesivos apartados alega infracciones que pueden concretarse en seis motivos.

TERCERO .- Conviene precisar la postura de esta Sala antes de entrar en el detalle de los motivos de casación.

En primer lugar, sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio*. Acerca del concepto no hay discusión: es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación. Lo que ha sido mantenido por la jurisprudencia es la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio, la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. La sentencia que se citan el recurso, de 17 de enero de 2003 , contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común.

No es éste el caso presente. La convivencia que, según hecho probado, no llegó a constituir una comunidad económica, se extinguió antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado: cuando ello ocurrió no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

En segundo lugar, sobre el premio de la lotería. En caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales y ello fue contemplado por la sentencia de 22 de diciembre de 2000 . Pero en caso de unión de hecho, tan sólo sería común si se acredita la existencia de una comunidad de bienes.

No es el caso presente en que no se ha acreditado tal comunidad cuando había convivencia y, además, cuando se obtuvo la ganancia, ya no había ni siquiera la convivencia.

CUARTO .- Los dos primeros motivos del recurso de casación (apartados tercero y cuarto de su escrito) alegan la infracción de un sinnúmero de normas constitucionales (artículos 10, 14, 32, 39),

civiles (artículos 1.7, 392, 393) de la Declaración de derechos humanos y de pactos internacionales. Todo ello para mantener que se da una unión de hecho de los litigantes y que merece protección, como la merece toda familia fundada en unión de hecho.

Aparte de las largas explicaciones doctrinales sobre la unión de hecho, su protección y la comunidad de bienes, no podemos por menos que estar de acuerdo con sus afirmaciones de la protección integral de la familia. Sin embargo, en el caso presente, al tiempo de obtenerse la ganancia, no había unión de hecho, ni comunidad de bienes: lo primero, porque el documento de 10 de abril de 2001 es tajante ("... *domicilios independientes...* ", "... *vida privada del otro*") y se declara probado que cesó la convivencia; lo segundo, porque no puede mantenerse una comunidad cuando se ha decidido romper toda relación económica, en el mismo documento ("... *zanjar todas las cuestiones económicas...* ") y, a mayor abundamiento, la sentencia de instancia declara probado que nunca hubo comunidad de bienes.

QUINTO .- El motivo tercero del recurso (apartado quinto del escrito) alega también un conjunto de normas del Código civil (artículos 1, 3 y 4) para mantener, una vez más, la protección que merece la unión de hecho, lo que nadie discute y la equiparación a la comunidad de bienes, lo que es negado -como hecho probado incólume en casación- por la sentencia de instancia, objeto de este recurso. Lo que es claro es que la jurisprudencia ha negado la aplicación a la unión de hecho de la normativa del matrimonio.

Lo que es inadmisibles en el recurso de casación es la pretensión, que se hace en el desarrollo del motivo, de que se revise la valoración de la prueba. Literalmente, dice:

" si la Sala hubiese valorado la prueba aportada correctamente, hubiese hallado perfectamente actos y hechos concluyentes de la pareja que definen con claridad que la voluntad de ambos era compartir, era hacer común, y para ello basta no sólo en ver la documental de antes del premio sino la de después del mismo y las más concluyentes es relacionando el documento..." .

Lo cual se desarrolla ampliamente, lo que está lejos de la casación, cuya función no es revisar la cuestión fáctica, sino controlar la aplicación correcta del ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados en instancia (sentencias de 15 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2009), sin hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009).

SEXTO .- El cuarto de los motivos de casación (apartado sexto del escrito) alega la infracción de los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil por no interpretar la normativa jurídica, conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía *iuris*, que da lugar a la aplicación de los principios generales del derecho, así como la infracción de los artículos 392 y 393 del Código civil .

En el desarrollo del motivo no aclara cuál es la normativa jurídica que ha sido mal interpretada, ni concreta la realidad social no considerada, ni cabe insistir en la apreciación de la analogía a la unión del hecho, ni puede aceptarse infracción de normativa de la comunidad de bienes que ha sido negada por la sentencia de instancia.

La realidad es otra, cuyo punto de vista se pierde a lo largo de todo el recurso. La unión de el hecho había cesado cuando se produjo la obtención del premio de la lotería: no hay realidad social, ni comunidad, a una situación en la que ni siquiera existe la convivencia que hubo antes.

Y lo que verdaderamente hay en este motivo es otra cosa: no tanto alegación de normativa que se dice infringida, sino una valoración de la prueba y una discusión sobre la cuestión fáctica, que no es admisible en casación, como se ha dicho en el fundamento anterior.

Como reitera la sentencia de 30 de septiembre de 2009 recogiendo jurisprudencia anterior:

"El recurso, evidencia una petición de principio al pretender que esta Sala se constituya en Sala de instancia, entrando a valorar nuevamente la prueba, lo cual, según doctrina de esta Sala, está vedado al recurso de casación, en el que no cabe "hacer supuesto de la cuestión", que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida -SSTS 20-2-92, 6-11-92, 12-11-92, 2-12-93, 29-12-98, 28-9-99 y 5-7-2000- o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinación de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia -SSTS 15-11-95 y 24-3-95 - o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos -SSTS 25-2-95, 30-5-95 y 14-7-97".

SEPTIMO .- El motivo quinto del recurso de casación (apartado séptimo del escrito) alega la infracción de los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución Española e infracción de los artículos 1281 y 1285 del Código civil y en el desarrollo del motivo otra vez vuelve a valorar la prueba y mantener que la convivencia se mantiene tras el documento de 10 de abril de 2001. Dice textualmente:

"en el fundamento séptimo de la sentencia, la Sala llega al erróneo convencimiento de la no convivencia de la pareja en el crítico momento de ser agraciado el boleto, basándose únicamente en el documento número 1 de los que la contestación a la demanda, sin valorar el mismo con el resto del conjunto de prueba, sin atender a su impugnación, sin dar cuenta de su falta de firma en su contenido íntegro, y sin comprobar las declaraciones de las partes sobre el mismo".

No es así. La Sala no sólo se atiene a lo declarado probado (no hubo comunidad, ni siquiera cuando había convivencia), sino que comparte la apreciación del Tribunal *a quo* de que la convivencia cesó tras la firma de aquel documento. No puede ahora la recurrente pretender interpretar de otra forma aquellas declaraciones, ni mucho menos, revisar la actividad probatoria y llegar a negar lo que ha declarado probado la sentencia de instancia, contrariando, una vez más, la función de la casación.

OCTAVO .- El sexto y último de los motivos del recurso de casación (apartados octavo y noveno del escrito) se refiere, un tanto confusamente, a la doctrina del enriquecimiento injusto, cita sentencias o no aplicables al caso por darse una comunidad o no procedentes de esta Sala, por ser de la Sala Segunda; cita como infringidos los artículos 32 y 39 de la Constitución Española y vuelve a la protección de la unión de hecho, que nadie discute.

La alegación de enriquecimiento injusto no es aceptable en este recurso de casación, ya que no fue la *actio petendi* ni se alegó como fundamento de la demanda. La menciona la sentencia de apelación, precisamente porque el demandado lo había alegado como uno de los motivos de su recurso de apelación al haber sido estimada la demanda en su contra por la sentencia de primera instancia.

A mayor abundamiento, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en el caso de la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y ya no lo era al tiempo del premio y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes. la protección de la unión de hecho, que nadie discute.

NOVENO .- Por las razones expuestas se desestiman todos los motivos del recurso de casación y, por ende, se declara no haber lugar a éste, confirmándose la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Lo que lleva consigo la condena en las costas causadas por este recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la misma ley .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR la representación procesal de D^a Edurne , contra la sentencia dictada por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 18 de febrero de 2005 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

Tercero. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.