

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCION SEXTA  
Tfno: Fax:

N.I.G.:

Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) -

Órgano Procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE ALICANTE  
Proc. Origen: Juicio Ordinario -

De: D/ña. ROBERTO  
Procurador/a Sr/a.  
Contra: D/ña. FILOMENA  
Procurador/a Sr/a.

Rollo de apelación n°  
Juzgado de Primera Instancia n°1 Alicante  
Procedimiento Juicio Ordinario n°:

### S E N T E N C I A N°

Iltmos. Srs.

Presidente: D. José María

Magistrado: D<sup>a</sup>. María Dolores

Magistrado: D<sup>a</sup>. Encarnación

En la Ciudad de Alicante, a veintisiete de septiembre de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCION SEXTA, de la Audiencia Provincial de ALICANTE, los Autos de RECURSO DE APELACION (LECN), procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE ALICANTE, a los que ha correspondido el Rollo número en los que aparece como parte apelante, ROBERTO, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. VICENTE, asistido por el Letrado D.JOSE y como parte apelada, FILOMENA representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ANTONIO asistido por el Letrado D.CARLOS

### ANTECEDENTES DE HECHOS

**Primero.**- Por el Juzgado de Primera Instancia n°1 de la Ciudad de Alicante y en los autos de Juicio Ordinario n° en fecha 14/03/13 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.-"Estimo en parte la demanda principal

formulada por el Procurador Sr. \_\_\_\_\_, en nombre y representación de FILOMENA \_\_\_\_\_ frente a ROBERTO \_\_\_\_\_ y, en su consecuencia, condeno al demandado a abonar a la actora la suma de 14.472'54 euros.

Estimo en parte la demanda reconvenzional formulada por el Procurador Sr. \_\_\_\_\_ en nombre y representación de ROBERTO \_\_\_\_\_ frente a FILOMENA \_\_\_\_\_ y, en su consecuencia, declaro que los siguientes bienes pertenecen por mitad y proindiviso a D<sup>a</sup>. FILOMENA \_\_\_\_\_ y D. ROBERTO \_\_\_\_\_ condenando a aquélla a otorgar escritura pública de transmisión de los de carácter inmueble que se relacionan a continuación:

- Finca n° \_\_\_\_\_ del Registro de la Propiedad de \_\_\_\_\_ parcela de Urbanización El \_\_\_\_\_ municipio de \_\_\_\_\_ (Guadalajara), referencia catastral \_\_\_\_\_ y vivienda unifamiliar existente sobre esta parcela.
- Finca n° \_\_\_\_\_ del Registro de la Propiedad de \_\_\_\_\_ parcela de Urbanización \_\_\_\_\_, municipio de \_\_\_\_\_ (Guadalajara), referencia catastral \_\_\_\_\_
- Vehículo \_\_\_\_\_ SJ, matrícula \_\_\_\_\_

No se hace expresa condena en costas."

**Segundo.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Iltma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación n° \_\_\_\_\_

**Tercero.-** En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 24/09/13.

VISTO, siendo Ponente la Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación \_\_\_\_\_

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Frente a la sentencia de instancia se alza en apelación el demandado-demandante de reconvenición e impugna tanto la estimación en parte de la demanda principal planteada por la Sra. frente al mismo y que se concreta en la condena dineraria de 14.472'54 €, como la estimación en parte de su demanda reconvenicional.

Funda el apelante su recurso frente a la estimación de la demanda principal en el error en que incurre el juzgador de instancia en la valoración de la prueba documental, concretamente los extractos bancarios aportados junto a su demanda de reconvenición, alegando que de la vista de su contenido y tras hacer la oportuna operación aritmética, resulta que no hay impago por su parte, el demandado no debe nada a la demandante Sra. muy al contrario alega que es ésta la que le debe dinero puesto que debe operar la compensación, entiende que ha abonado todos los inmuebles, puesto que los únicos ingresos en las cuentas vinculadas con los préstamos desde mayo de 2010, ha sido su pensión y que entre marzo de 2009 y mayo de 2010 la demandante solo ingresaba el importe del paro inferior al de su pensión.

El motivo de recurso no puede merecer favorable acogida, la demandante reclamaba la parte de las cuotas de los préstamos hipotecarios devengadas desde el mes de julio de 2011 hasta la presentación de la demanda y las posteriores que se devengasen hasta sentencia, pretensión a la que el demandada opuso en su contestación, que si había dejado de atender tales préstamos es porque la actora no le reconoce su propiedad sobre determinados inmuebles y vehículo y que se omite por la actora que se le viene aplicando una retención desde hace años por deudas de ambos y que viene abonando el sólo.

Consecuentemente, las razones y motivos que expone en el recurso de apelación constituyen nuevos motivos de oposición y alegaciones que no fueron planteados en el momento procesal oportuno para ello y que por tanto no pueden ser atendidos por esta Sala. De forma que atender a dichas alegaciones vulneraría lo dispuesto en los arts. 400 y 412 de la LEC.

Sin que el hecho de que se formulen en esta alzada, determine que se pueda entrar a conocer de las mismas, por cuanto que ya que no es admisible en el recurso de apelación, al no haber permitido a la parte contraria oponerse a las mismas en fase de alegaciones y de prueba, pudiendo dar lugar a una verdadera indefensión, como han mantenido entre otras la STS de 14 de junio de 2000, 12 de febrero de 2001, 30 de marzo de 2001, 22 de mayo de 2003, 3 de febrero de 2004 y 23 de octubre de 2006. Y como dice la STS, Sala Primera, de fecha 22 de marzo de 2002 "El planteamiento se rechaza porque constituyen una cuestión nueva, ya que no se suscitó en el momento procesal adecuado (fase de alegaciones), por lo que se contradicen los principios "lite pendente nihil innovetur" y

"iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"...". El principio de preclusión que rige en nuestro ordenamiento, exige que cada acto o actividad procesal se realice dentro de la fase o periodo que tenga asignado, en consecuencia como norma general, concluido el momento procesal en el que debió efectuarse la oportuna alegación, precluye o se pierde la oportunidad de llevarla a efecto con posterioridad, lo que impide tener en consideración cuestiones suscitadas fuera del momento y cauce procesal oportunos, pues concretamente la segunda instancia no es un nuevo proceso.

**Segundo.-** Respecto del recurso planteado en cuanto a la estimación en parte de la demanda reconvencional, se circunscribe a la desestimación de su pretensión relativa a la titularidad de las dos registrales sitas en Alicante nº en Plaza del de la Colonia de la vivienda sita en la C/ y la plaza de garaje ubicada en la C/ Madrid; considerando que el Juzgador de instancia incurre en una errónea valoración de la prueba practicada puesto que a su entender de la prueba practicada resulta que existe titularidad conjunta respecto de tales bienes al haberse acreditado el pago conjunto de tales inmuebles, al haberse adquirido los mismos con patrimonio o caudal común. fase de ampliación como respecto de la titularidad de Madrid

Al respecto del error en la valoración de la prueba, debemos partir de que como ha venido reiterando esta Sala en innumerables ocasiones, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluida la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar por si mismo, no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. De tal forma que la Sala no tiene que aceptar la valoración de la prueba del Juzgado de 1ª instancia, sino que directamente asume la instancia y es ella la que valora de nuevo la prueba practicada, en cuyo resultado coincidirá o no con el

Juzgado; pues el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium" (STC 152/1998, de 13 de julio). La STS de 6 de mayo de 2009 dice que "La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la "revisio prioris instantiae" en que consiste el recurso no le autoriza para prescindir de las apreciaciones del juzgador "a quo" sin dar otras razones distintas, o decir por qué se rechazan."

Como hemos dicho este tribunal en apelación puede valorar de modo completo y de forma distinta las pruebas obrantes en la causa, llegando a conclusiones contrarias a las de instancia; pero si el criterio del tribunal a quo es razonable y sus conclusiones vienen suficientemente respaldadas por la prueba practicada y convencen suficientemente al tribunal de alzada, no debe acogerse el punto de vista del apelante, solucionando el conflicto de modo diferente al de instancia con otra argumentación, aunque pueda ser igualmente razonable. La segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del Juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable. (STS de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003).

Parte el apelante de que del doc. n° 18 de la demanda de reconvenición y del oficio dirigido a \_\_\_\_\_ de 10 de enero de 2013 resulta que el préstamo que gravaba la registral n° 57.674, sita en Alicante fue abonado con la cuenta conjunta \_\_\_\_\_ en la que el apelante Sr. \_\_\_\_\_ ingresaba su pensión y en la que la Sra. \_\_\_\_\_ todavía no había ingresado su nómina. Lo mismo se señala respecto de la registral n° \_\_\_\_\_ sita en Alicante, puesto que los impuestos de la misma se abonan desde la cuenta común ... \_\_\_\_\_ la finca de la C/ \_\_\_\_\_ de Madrid, al mantener ya vida común en aquellas fechas y ser abonados los préstamos que gravan dicho inmueble por ambos litigantes. Señalando respecto de la plaza de garaje que el demandante seguía al tiempo de la adquisición sin poder tener las cosas a su nombre, siendo pagado con las cuentas comunes. Y en el caso que nos ocupa, tras valorar todas las pruebas aportadas al procedimiento, esta Sala no puede alcanzar una conclusión distinta a la recogida por el Juzgador de instancia,

puesto que la resolución recurrida no resulta arbitraria, injustificada o injustificable, el Juzgador a quo razona suficientemente el resultado de las pruebas con argumentos que no pueden si no ser respetados por este Tribunal y a los que nos remitimos, resultando innecesario reiterar todas las conclusiones que alcanza el juzgador de instancia respecto de los bienes por los que desestima la reconvencción planteada. Remisión admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 5 de octubre de 1998, STS de 30 de abril de 2002, STS de 5 de octubre de 2006, STS de 2.10.09, STS de 20 de abril de 2010 y ATS de 15.6.2010). Salvo lo que seguidamente se dirá. Sin que las alegaciones de la parte apelante desvirtúen las conclusiones alcanzadas por el Juzgador de instancia, pues el hecho de que se hubieren domiciliado en cuenta conjunta préstamos constituidos con posterioridad a la adquisición de los inmuebles en cuestión, o se hayan domiciliado recibos por consumo ordinario o impuestos de los inmuebles, no determina que aquellos hubiesen sido adquiridos al menos en parte con dinero privativo del apelante; lo que desde luego no ha acreditado, al menos en lo que respecta a la [redacted] sita en Alicante, la vivienda de la C/ [redacted] de Madrid y la plaza de garaje de Madrid. Así respecto de la finca registral [redacted] se adquirió por la Sra. [redacted] en octubre de 1979 antes de que conste fehacientemente que se conociesen los litigantes, incluso antes de que iniciasen, según el apelante recoge en su contestación a la demanda, la vida en común; siendo cuando menos curioso que el demandado apelante tan solo un año antes hubiese adquirido con su entonces esposa, Dña. Amparo, la vivienda sita en la Avd. [redacted] de Madrid, que luego le fue adjudicada y donde estuvo empadronado el apelante entre 1982 y 1986. Así mismo respecto de la vivienda sita en la C/ [redacted] de Madrid, no solo para su adquisición no se contrató ningún préstamo, ni consta que el demandado hubiese contribuido de alguna forma a su pago, ni tan siquiera que hubiese una convivencia en aquellas fechas o la voluntad de hacer lo adquirido común, pues de hecho en el contrato figura como domicilio de la compradora (hoy demandante) la C/ [redacted] de Madrid, último domicilio en que la Sra. [redacted] figura empadronada antes de hacerlo a la C/ [redacted] en aquellas fechas ni tan siquiera tenían hijos, quienes nacieron en 1990 y 1991 respectivamente, y el apelante todavía no se había divorciado de su esposa. Sin que tampoco haya constancia de la contribución patrimonial del apelante en la adquisición de la plaza de garaje de Madrid. Por otra parte las alegaciones del apelante de que la Sra. [redacted] solo disponía de su sueldo y luego del paro y que era él el que con su pensión y con otros ingresos derivados de sus negocios hacía frente a todos los gastos de la familia, desvirtúa las

conclusiones anteriores, mas cuando consta que la demandante Sra. era también socia al menos de una de las mercantiles, S.A., con unas considerables acciones, por lo que desde luego también era destinataria de los beneficios que se obtenían de dicha empresa.

Por lo que respecta a la registral , actualmenten° (ver folio 199 del procedimiento) vivienda tipo B en la quinta planta alta, señalada su puerta con el n° sita en Alicante, Plaza fase de ampliación

si bien se adquirió por la Sra. durante la convivencia con el demandado, el préstamo otorgado para su adquisición, operación...112, quedó vinculado a la cuenta ...

(doc. n° 18 C.a la reconvención), en la que se ingresaba la nómina de la demandante, así como también transferencias del Sr.

Sin embargo, dicha cuenta según resulta del doc. n° 18 de la demanda de reconvención y los correspondientes extractos de cuentas, fue cancelada en el mes de diciembre de 2004; y el citado préstamo paso a ser abonado con la cuenta n° .. donde se ingresaba a partir de enero de 2005, tanto la nómina de la demandante como la pensión del Sr. y diversos traspasos

realizados por éste. Cancelándose dicho préstamo en la misma fecha en que les fue abonado en dicha cuenta el importe del préstamo n° ...609 por 110.000 € que es objeto de reclamación en la demanda principal. Lo que evidencia que la referida vivienda también fue abonada con dinero privativo del demandado por lo que también procede estimar su pretensión respecto de la misma. Ello supone la estimación en parte del recurso planteado.

**Tercero.-** No procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada por disposición del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

#### PARTE DISPOSITIVA

**FALLAMOS:** Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada y demandante de reconvención, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante, de fecha 14 de marzo de 2013, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución, únicamente en el extremo de declarar que el demandante de

reconvención D.Roberto es también titular por mitad y proindiviso de la finca registral n° (antes n° del Registro de la Propiedad n° 8 de Alicante, vivienda tipo B en la quinta planta alta, señalada su puerta con el n° sita en Alicante, Plaza del fase de ampliación Virgen del Remedio, condenando a la demandada de reconvención Dña. Filomena a otorgar escritura de transmisión del referido inmueble, permaneciendo inalterables sus restantes pronunciamientos. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación. Ordenando la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª, punto 8º de la LOPJ.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC, deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal n° 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.**- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.