

**AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE
SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE**

Rollo de apelación nº 000534/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE ORIHUELA
Autos de Juicio Ordinario - 001243/2016

SENTENCIA Nº 576/2019

=====
Iltmos. Sres.:
Presidente: D. José Manuel Valero Diez
Magistrado: D. Fernando Fernández-Espinar López
Magistrado: D. José Ramón de Blas Javaloyas
=====

En ELCHE, a cuatro de noviembre de dos mil diecinueve

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario 1243/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Orihuela, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante, D^a XXXXX XXXXX XXXXX XXXX , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sr. Manuel Martínez Rico y dirigida por la Letrada Sra. Guadalupe Sánchez Baena, y como apelada BBVA, S.A. representada por el Procurador Sr. Antonio Martínez Gilabert y dirigida por el Letrado Sr. Carlos Altamirano García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Orihuela en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 31 de Julio de 2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que estimando parcialmente la demanda interpuesta de DOÑA XXXX XXXX XXXXXX XXXXXX asistida por la Letrada Sra. Guadalupe Sánchez Baena, contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA (BBVA),debo condenar y condeno a dicha entidad demandada a abonar a DOÑA XXXXX XXXX XXXX XXXXXX la cantidad de treinta mil doscientos cincuenta y nueve euros con setenta céntimos (30.259,70.-€), en concepto de principal e intereses, y al pago de la cantidad de cien euros (100.-€), más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde el 5 de febrero de 2008 hasta el completo pago o consignación. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*"

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D^a XXXX XXXX XXXX XXXX en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 534/2019, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia y la apelada su confirmación. Para la deliberación y votación se fijó el día 31 de Octubre de 2019.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ramón de Blas Javaloyas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación

1. Interpone la representación procesal de Dña. XXXX XXXX XXXX recurso de apelación frente a la sentencia de 31 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de primera instancia número 5 de Orihuela, que estima parcialmente la demanda.
2. La apelante impugna el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, por no haberse impuesto a pesar de la estimación íntegra del suplico subsidiario de la demanda. Entiende que existe una incongruencia omisiva respecto del *petitum* subsidiario de la demanda, en el que solicitaba la condena a 29 823,63 euros, más intereses. Solicita la estimación del recurso y que se

dicte nueva sentencia en la que se estime íntegramente el *petitum* subsidiario de la demanda y se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

3. La parte apelada, BBVA SA, se opuso al recurso y solicitó su desestimación, con la confirmación de la resolución recurrida e imposición de costas a la actora.

4. Considera la parte apelada que la actora reclamó la totalidad de la cantidad satisfecha a la promotora por contrato de compraventa y cantidades no entregadas en la cuenta abierta en el Banco, y, subsidiariamente, una petición de condena solo por el importe ingresado en el Banco a la que se allanó BBVA. Considera que no hay petición distinta a la principal, sino de estimación parcial de la principal.

5. Añade que no ha existido reclamación previa y que subsistían dudas de derecho en el momento de interponer la demanda, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideraba que la garantía no se extendía a las cantidades satisfechas en metálico e imponía la responsabilidad por cantidades ingresadas a la entidad en la que se haya realizado el ingreso, que es a lo que se allanó.

SEGUNDO.- Incongruencia omisiva. Costas por estimación de la pretensión subsidiaria.

6. Sobre tal cuestión parece oportuno comenzar señalando que el artículo 209.4º LEC establece que «el fallo que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de la partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos...», mientras que el artículo 218.1 dispone que «las sentencias harán las declaraciones que las partes exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», lo que indudablemente enlaza con el deber de motivar las resoluciones judiciales, expresamente recogido en el artículo 120.3 de la Constitución Española, y con el propio artículo 24 de la Norma Fundamental, pues de éste se deriva, según ha entendido el Tribunal Constitucional, la obligación de los órganos judiciales de resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que aparezcan planteadas, de modo que tal deber se vulnera tanto si no se responde a las cuestiones planteadas (incongruencia omisiva) como si se resuelven cuestiones no planteadas respecto de las que partes no han tenido oportunidad de defenderse, no respetándose, por tanto, el principio de contradicción

(incongruencia extra petitum), siempre que se dé una alteración de los términos del debate que cause indefensión a las partes con relevancia constitucional y que no se pueda hablar de una desestimación tácita.

7. En este caso, la pretensión principal fue de condena por 24 700 euros de principal (3 000 euros + 21 600 euros + 100 euros) más intereses.

8. La pretensión subsidiaria solicitó la condena por 21 700 euros de principal (21 600 euros + 100 euros) correspondientes a las cantidades efectivamente ingresadas en la cuenta abierta a nombre de la promotora más intereses, sin contar, por lo tanto, con la reclamación del primer pago de 3 000 euros.

9. La demandada se allanó a la cantidad consignada por los demandantes por 21 600 euros.

10. La sentencia en la primera instancia rechaza la condena por 3 000 euros, pero condena a todo lo pedido en la pretensión subsidiaria, esto es, 21 600 más 100 euros, sin conceder los 3 000 euros del primer pago de 19.02.07, más intereses (folio 165).

11. Por lo tanto, la juez *a quo* estima la pretensión subsidiaria, que se compone precisamente por 21 700 euros (21 600 euros + 100 euros) más intereses.

12. La STS de 12.1.12 (ECLI:ES:TS:2012:245) señala que: «El que se impongan las costas al demandado cuando se estime una pretensión alternativa o subsidiaria del demandante no es más que una coherente aplicación del principio del vencimiento, ya que las pretensiones del demandando, si consisten en una desestimación total de la demanda, habrán sido entonces totalmente rechazadas, pero en modo alguno significa que el demandante cuya pretensión principal ha sido rechazada no pueda recurrir insistiendo en su estimación».

13. Por tanto, estimamos el recurso y revocamos el pronunciamiento de costas de la sentencia apelada, y con ello

TERCERO.- Costas procesales de la alzada.

14. Se imponen a la demandada las costas causadas en la instancia. Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la apelación y con expresa condena al impugnante en las de alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS

Que SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Martínez Rico en nombre y representación de Dña. XXXX XXXX XXXX XXXXX, contra la sentencia de 31 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de primera instancia número 5 de Orihuela, en el juicio ordinario nº 1243/2016, debemos revocar el pronunciamiento en costas contenido en la misma y, en su lugar, condenamos a la demandada a las costas causadas en la instancia y las de su impugnación en esta alzada y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

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 fe.