



Roj: **SAP GC 738/2023 - ECLI:ES:APGC:2023:738**

Id Cendoj: **35016370052023100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **31/03/2023**

Nº de Recurso: **821/2022**

Nº de Resolución: **254/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN IZQUIERDO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, San Bartolomé de Tirajana, núm. 2, 04-11-2021 (proc. 1062/2020),
SAP GC 738/2023**

?

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº 2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000821/2022

NIG: 3501942120200006037

Resolución: Sentencia 000254/2023

Proc. origen: Juicio verbal (Desahucio falta pago - 250.1.1) Nº proc. origen: 0001062/2020-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de San Bartolomé de Tirajana

Demandado: Marí Juana

Apelado: El Cortijo Del Boti S.L.; Abogado: Justo Ramon Ibañez Trujillo; Procurador: Maria Teresa Diaz Muñoz

Apelante: Cipriano ; Abogado: Maria Eugenia Ojeda Medina; Procurador: Hugo Vega Melian

SENTENCIA

Il'tmos./as Sres./as

Presidente

D. VÍCTOR CABA VILLAREJO

Magistrados

D. VÍCTOR MANUEL MARTÍN CALVO

Dª. MARÍA DEL CARMEN IZQUIERDO MORENO

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 31 de marzo de 2023

Vistos en grado de apelación por esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de G.C., los autos de juicio verbal Nº 1062/2020, del que dimana el presente Rollo de apelación nº 821/2022, seguidos aquellos ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, a instancia, de la entidad EL CORTIJO DEL BOTI S.L., parte apelada, representada por la procuradora Doña María Teresa Díaz Muñoz y dirigida por el Letrado Don Justo Ramón Ibáñez Trujillo y como parte demandada Doña Marí Juana , no comparecida en esta alzada, y Don Cipriano , parte apelante, representado por el procurador Don Hugo Vega Melián y con la dirección de la letrada Doña María Eugenia Ojeda Medina siendo ponente la Sra. magistrada Doña María del Carmen Izquierdo Moreno, quien expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Bartolomé de Tirajana se dictó sentencia el día 4 de noviembre de 2021, por la que se resolvía el Juicio verbal n.º 1062/2020, cuya fallo literalmente establece:

"ESTIMO la demanda presentada por EL CORTIJO DEL BOTI S.L., que actúa representada por la procuradora Sra. Díaz Muñoz, frente a Dª Marí Juana , que no se opuso a la demanda, y D. Cipriano , que actuó representado por el

procurador Sr. Vega Melián.

Declaro resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda de 1 de marzo de 2019, relativo al inmueble apartamento NUM000 , del EDIFICIO000 , AVENIDA000 n.º NUM001 , Puerto Rico, Mogán? y declaro haber lugar al desahucio solicitado.

Tengo a la parte actora por desistida de la acción de desahucio frente a D. Cipriano . Y condeno a Dª Marí Juana a desalojar la vivienda ocupada dejando la libre, vacua y expedita, a disposición de la parte actora antes de la fecha señalada para el lanzamiento, con el apercibimiento de ser lanzada en la fecha señalada en el caso de no desalojar antes la vivienda.

Condeno a los demandados con carácter solidario al abono a la parte actora de la cantidad de 5.171,03€, que adeudan hasta el momento de presentación de la demanda, cantidad que será incrementada con el interés legal del dinero que se devengará desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC. Y condeno a los demandados de modo solidario a abonar las rentas y gastos asimilados que se devenguen desde la presentación de la demanda hasta el día 4 de noviembre de 2021. Las rentas y gastos asimilados devengados con posterioridad a esta fecha y hasta el efectivo lanzamiento de la demandada o entrega de la posesión del inmueble a la parte actora si se hace antes de la fecha que está señalada para el lanzamiento, serán de cargo de Dª Marí Juana .

Condeno a los demandados con carácter solidario al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- La referida sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando lo que estimó ajustado a sus intereses, del que se dio traslado al apelante que manifestó cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. Sin necesidad de vista se señaló día para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En el procedimiento de origen consta que la entidad EL CORTIJO DEL BOTI S.L interpuso demanda de juicio verbal de desahucio frente a Doña Marí Juana y Don Cipriano por la que solicitaba que se dictase sentencia en la que:

a) se declare el desahucio de la parte demandada respecto del apartamento NUM000 que viene ocupando, sito en Puerto Rico, término municipal de Mogán, AVENIDA000 número NUM001 , EDIFICIO000 , C.P. 35060, condenando a los demandados a la expedita entrega del mismo y al pago de la suma de 5.171,03€, más las cantidades que en concepto de renta se hubiesen devengado durante la sustanciación del presente procedimiento, más los intereses legales devengados desde la interposición judicial y los procesales de la ley desde la fecha de la sentencia y hasta su completo pago, con expresa imposición a la parte demandada de las costas del juicio

2.- Doña Marí Juana no contesta a la demanda presentada.

3.- Don Cipriano se opone a la demanda presentada alegando que residió en el inmueble arrendado únicamente desde el inicio del contrato hasta noviembre de 2019, habiéndose producido su desistimiento del contrato, comunicado a la actora, y continuando únicamente como arrendataria la codemandada D^a Marí Juana, que es quien debe asumir el importe de lo reclamado en la demanda. Añade que desde noviembre de 2019 el Sr. Cipriano habría residido en otro inmueble. Y, en todo caso, habrían de compensarse los 600€ de fianza.

4.- En la sentencia, la juez de instancia, estima la demanda interpuesta. Considera el juzgador de instancia que el demandado no acredita ni que abandonara el domicilio ni que se lo comunicara al arrendador. Igualmente estima acreditada la existencia de la deuda reclamada.

SEGUNDO.- Don Melchor se alza frente a la sentencia dictada en primera instancia, solicitando que se revoque dicha resolución por los siguientes motivos:

1.- Error en la valoración de la prueba.

La entidad EL CORTIJO DEL BOTI S.L se opone al recurso presentado de contrario solicitando la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO.- Error en la valoración de la prueba.

Afirma el recurrente que sólo residió en la vivienda arrendada hasta noviembre de 2019 y que comunicó a la entidad actora su desistimiento del contrato de arrendamiento. Afirma que comunicó a la parte demandante el abandono de la vivienda y que habrían de compensarse las rentas reclamadas con la fianza abonada.

La entidad EL CORTIJO DEL BOTI S.L se opone al recurso presentado de contrario solicitando la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

Esta Sala coincide con la valoración de la prueba que se ha realizado en la primera instancia. En este sentido hay que tener en cuenta que: "el proceso valorativo de las pruebas incumbe a los órganos judiciales exclusivamente y no a las partes que litigan, a las que les está vedado toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, dado la mayor subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses debiendo quedar claro, por tanto, que dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales podemos conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso, optar entre ellos por el que se estime más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios de prueba (STS 25-1-93), en valoración conjunta (STS 30-3-88) con el predominio de la libre apreciación que es potestad de los tribunales de instancia (SSTS 22-1-86 , 18-11-87 , 30-3-88).(sentencia de 22 de octubre de 2013 dictada por esta sección)

"Cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del juicio, debe partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por la Juez ante la que se ha celebrado el acto solemne del juicio en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo la Juzgadora desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse de las partes y los testigos en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia, exigencia que no se cumple ni siquiera con el visionado del soporte informático del acta, pues, como ya hemos dicho, no tiene la posibilidad de intervenir que posee el Juez "a quo". De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de diciembre de 1985 , 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987 , 2 de julio de 1990 , 4 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1994 , entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo" de tal magnitud y diaphanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.» (AP Pontevedra sec 1^a 8-7-09)

De conformidad con el artículo 217 de la LEC, cada parte habrá de acreditar los hechos en que se fundamenten sus pretensiones : "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención." Al

parecer el recurrente pretende que todo el esfuerzo probatorio (favorable o desfavorable) recaiga en el actor, postura ilógica que no tiene cabida en el art. 217.2 LEC. Solo la demandada es dueña y responsable de su pasividad, incluida su rebeldía, pese a lo que el Juzgador de instancia le llamó a declarar en virtud de diligencia final, y tampoco compareció, ni justificó su ausencia.» (TS 1ª 7-6-13). El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente. Consagrado en la LEC, ya venía siendo acogido por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de marzo, 28 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 1997, 30 de julio de 1999, 29 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 18 de febrero y 17 de julio de 2003).» (TS 1ª 18-6-13)

Para que se pueda producir el desistimiento del arrendamiento por el arrendatario no basta con el transcurso de los seis meses de duración del contrato y es necesario que medie el preaviso al arrendador de treinta días (AP Córdoba 22-9-14, EDJ 202913)

Pago de la renta después del preaviso. «(...) hay que tener en cuenta como de resolución del contrato y entrega de llaves es la de 13 de enero de 2010, manifestada por la actora, lo que supone que hasta dicho momento han de abonarse las rentas del arrendamiento, en lugar de la de 13 de noviembre de 2009, que es la que mantiene el demandado. (...) la fecha que hay que tener en cuenta a los efectos de resolución de contrato y entrega de llaves es la fijada por la sentencia, el día 13 de enero de 2010, y ello porque aunque hubiera quedado acreditado que tales llaves se hubieran entregado el día 13 de noviembre anterior, la necesidad de existencia del preaviso de dos meses, hace que el contrato no pueda considerarse extinguido por desistimiento del arrendatario hasta dos meses después, lo que significa que las rentas han de pagarse hasta el día 13 de enero de 2010, tal y como fija la sentencia impugnada. (...)». (AP Soria 8-4-11, EDJ 83756).

«El art. 11 de la LAU contempla la posibilidad de desistimiento del arrendatario para los contratos de duración superior a cinco años (como es éste el caso puesto que se pactó una duración de diez años), con el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses, estableciendo que las partes podrán pactar en el contrato que en tal caso el arrendatario deba indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir, dando lugar los periodos de tiempo inferiores a un año a la parte proporcional de la indemnización.

Por tanto, es la propia ley la que atribuye al desistimiento de una de las partes contratantes el efecto de la extinción de la relación jurídica derivada del contrato, exigiendo la comunicación al arrendador, pero sin que el precepto exija forma alguna, de modo que no es necesario que se haga por escrito, siendo también válida la comunicación verbal, al margen claro está de la problemas de prueba que pueda presentar esta forma de comunicación» (AP Lérida, sec 2ª, 19-4-21)

En el presente caso, el apelante no logra acreditar que ni que haya abandonado la vivienda, ya que el certificado de empadronamiento data de 2016, esto es, es anterior al día en que se celebra el contrato de arrendamiento; ni tampoco que haya comunicado su desistimiento del contrato con el preaviso previsto en la Ley. Por otra parte, el hecho de que haya abonado o no un nuevo alquiler, hecho que tampoco resulta probado, tal y como se razona en la sentencia recurrida, no implica que se haya cumplido con la obligación de preaviso. Por ello se desestima este motivo de apelación.

En cuanto a la pretensión de compensar la fianza abonada con la renta, la misma ha de ser igualmente desestimada. La sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 24 de mayo de 2018 resuelve esta cuestión: "En este caso, al tiempo de la presentación de la demanda, por no haber concluido la relación arrendaticia, la fianza no era exigible, no concurriendo los presupuestos objetivos del artículo 1196 del Código Civil, por no encontrarse la deuda por la fianza vencida y exigible, careciendo de acción la arrendataria para instar la restitución de la fianza pues su devolución procede una vez rescindido el contrato, entregada la posesión del inmueble, pagadas las rentas pendientes y comprobada la inexistencia de daños, de acuerdo con la norma del artículo 36.4 LAU, y la norma general del artículo 1100, párrafo segundo, del Código Civil, según el cual, en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, dejando a salvo las acciones que, en su caso, puedan asistir a la parte demandada contra la actora para la restitución del importe de la fianza, producida que ha sido en este pleito la terminación de la relación arrendaticia, para su ejercicio en el proceso que corresponda, permitiendo, a su vez, a la parte arrendadora oponer a la parte arrendataria el crédito del que, en su caso, pueda disponer al término del arrendamiento"

ÚLTIMO.-Al desestimarse el recurso de apelación formulado procede imponerle la parte apelante las costas causadas en esta alzada por su sustanciación de acuerdo con lo previsto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando la pérdida del depósito que hubieren constituido de acuerdo con disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;



FALLO

1.-. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Don Melchor , contra la sentencia de fecha de 4 de noviembre de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia.º 2 de San Bartolomé de Tirajana en el juicio verbal nº 1062/2020 y la confirmamos;

2. Imponemos al apelante las costas en esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

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