

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 33 DE LOS DE
MADRID.****Autos Juicio Ordinario 1097/2008**

D. [REDACTED] Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la mercantil [REDACTED] según consta acreditado en los autos de referencia, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que, habiéndose dictado por este Juzgado providencia de fecha 3 de noviembre de 2009, notificada a esta parte con fecha 17 de julio del mismo año, por la que se tiene por preparado Recurso de Apelación en los presentes Autos, dentro del plazo legalmente establecido, vengo a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia dictada en primera instancia en el presente procedimiento de fecha 19 de octubre de 2009, señalando, con carácter previo al desarrollo de las alegaciones en que se funda, los siguientes

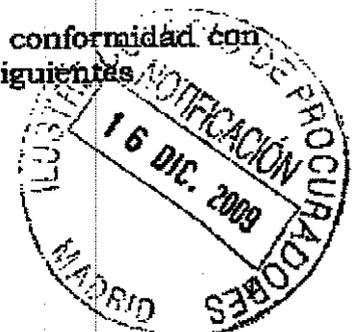
PRESUPUESTOS

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 29 de octubre de 2009, esta parte solicitó al Juzgado al que me dirijo la admisión de la preparación del presente recurso.

SEGUNDO.- Mediante providencia de fecha 3 de noviembre de 2009, notificada a esta parte con fecha 17 de noviembre del mismo año, el Juzgado tuvo por preparado el recurso, emplazándonos a la interposición del mismo dentro del plazo de veinte días siguientes a la notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 457.3 y 458 y siguientes de la LEC.

TERCERO.- El presente recurso se dirige a impugnar el pronunciamiento de la Sentencia anteriormente mencionada, por el que se estima la demanda presentada por [REDACTED] contra [REDACTED]

Entrando en el fondo de la resolución recurrida, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC, formulo las siguientes



ALEGACIONES

PREVIA.- Preceptos infringidos.

A juicio de esta parte, y dicho sea en estrictos términos de defensa, la Sentencia dictada en el presente procedimiento, ha infringido tres tipos de preceptos:

- En primer lugar, se ha producido un claro error a la hora de valorar la prueba practicada en el presente procedimiento. En este punto queremos destacar que la Sentencia recurrida, no ha tenido en cuenta la totalidad de la prueba practicada en el proceso, sobre todo en lo relativo a la innecesariedad de reparar la zona del forjado sanitario.
- En segundo lugar, el Juzgado ha vulnerado los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil destina a regular la carga de la prueba. En efecto, entendemos que se han acreditado los extremos necesarios para desestimar la demanda planteada de contrario y, sin embargo, incomprensiblemente estos hechos no han sido considerados por el Juzgado.
- En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, en la Sentencia impugnada no se ha realizado una valoración conjunta de la prueba practicada, vulnerando con ello la copiosa Jurisprudencia referida a la misma.

PRIMERA.- Error en la valoración de la prueba.

En relación con la valoración de la prueba, la jurisprudencia dispone que el Juzgador incurre en error al valorar la prueba,

i) si el criterio valorativo de la misma carece de apoyo en la propia prueba practicada en el proceso enjuiciado,

ii) o cuando el recurrente es capaz de demostrar o poner de relieve que ha existido un evidente fallo en el razonamiento lógico o en el íter inductivo del juzgador, a la hora de dictar la sentencia, que es precisamente lo que ha ocurrido en este procedimiento.

En este punto no queremos dejar de hacer alusión a la copiosa y pacífica jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que determina que la segunda instancia, tiene facultades para enjuiciar y valorar de nuevo, ex novo, tanto los hechos y los fundamentos de derecho alegados por las partes, como la prueba practicada por éstos en primera instancia, razón en virtud de la cual se articula el presente motivo.

Como muestra de tan copiosa jurisprudencia traemos a colación la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de fecha 31 de octubre de 2006**, que dispuso:

"Expresión cabal de la orientación que esta Sección mantiene la hallamos en la STS, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1997, en la que puede leerse: "... TERCERO.- El motivo segundo de casación se basa igualmente en el nº 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por "infracción de doctrina jurisprudencial", sin dar más explicación que la extraña afirmación de que el recurso de apelación "viene vinculado por el criterio del juzgador de instancia en cuanto no resulte ilógico o exista error de hecho". Lo cual es exactamente lo contrario. El recurso de apelación da lugar a la segunda instancia (la casación, por el contrario, no es una tercera instancia), como fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia. Tal como dice la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1996, el recurso de apelación supone una total revisión de lo actuado en la instancia, por lo que procede entrar a resolver todas las cuestiones litigiosas (fundamento 3º). Lo cual lo dijo también el Tribunal Constitucional, en sentencia 3/1996, de 15 de enero: en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos(arts. 862 y 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso (fundamento 2º, primer párrafo).

Asimismo, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1997, dispuso: *"La apelación ha abierto la segunda instancia, creando la competencia funcional de la Audiencia Provincial y, por ello, su resolución sustituye a la dictada en primera instancia. La apelación implica un nuevo examen sobre la cuestión litigiosa sobre la que ha recaído ya sentencia. La sentencia dictada en apelación debe ser congruente con las peticiones de las partes, por razón del principio dispositivo que rige el proceso civil"*

Como tendremos oportunidad de comprobar a continuación, el juzgador de instancia a través de una errónea interpretación de la prueba practicada en la instancia, considera que mi mandante debe abonar las cantidades reclamadas de contrario, sin tener en cuenta

- i) que los daños cuya reparación se solicitan se encuentran en un lugar de la casa que no es habitable ni visible,
- ii) que no afecta a la habitabilidad o estanqueidad de la misma, y
- iii) que muchos de los supuestos daños ya fueron reparados. En este sentido, aunque aludiremos a ello más adelante, queremos destacar que el informe pericial aportado de contrario es anterior en cinco meses a los partes de reparación aportados por [REDACTED] por lo que no recoge la reparación de ciertos defectos.

Evidentemente esta parte considera que dicha conclusión de pago por parte de mi mandante, es absolutamente errónea por las siguientes razones:

Como podrá comprobar la Sala en el acto del juicio, todos los testigos señalaron que para acceder al lugar donde se encuentran algunos de los supuestos daños reclamados de contrario, se debía abrir un agujero en la pared y acceder así a una cámara bufa que tiene como fin proteger y aislar a la vivienda de la humedad, que se puede acumular en el terreno arcilloso sobre el que se construyó la misma.

En consecuencia, lo que se pretende de contrario es que se le abonen unas cantidades para reparar unos supuestos daños que no existen o que han sido creados por la propia parte al abrir un hueco en una pared, puesto que como hemos probado la zona donde se encuentran los mismos no es habitable ahora ni susceptible de habitarse en el futuro.

Por otro lado, el documento número 3 aportado de contrario, que refleja el listado de daños reclamados es anterior en siete meses al documento número 6 aportado por esta parte, que fue calificado como resumen final de las reparaciones solicitadas de contrario, como probaremos más adelante.

Por tanto, en virtud de dicho documento número 6 antes mencionado y de los testimonios de los [REDACTED] testigos aportados por esta parte, se prueba de forma irrefutable la reparación de los daños reclamados.

Pero lo más relevante que debemos destacar en este momento es que no acudió al juicio el testigo propuesto de contrario, representante de la entidad "Construcción de piscinas [REDACTED]", por lo que no pudo acreditarse de contrario la realización de los trabajos que se contienen en la factura aportada como documento número 7, comprensiva de CUATRO MIL TREINTA Y UN EUROS (4.031,00 €), la cual fue impugnada expresamente en el acto de la audiencia previa.

Por tanto, desconocemos qué ha podido llevar al juzgado de instancia a entender como probados los repasos o trabajos supuestamente realizados por esta empresa en la vivienda de la demandante, máxime cuando mi mandante manifestó el desconocimiento de la existencia de la factura aportada de contrario como documento número 7 (Min. 12.31.32, 812 y 12.51.35, 203 CD).

SEGUNDO.- Indebida aplicación de la carga de la prueba.

Las reglas de la carga de la prueba tienen como fin esencial dar una herramienta al juzgador de instancia, a fin de que pueda cumplir su obligación de dictar la correspondiente sentencia, tras la finalización del procedimiento.

Dicha herramienta viene regulada en el artículo 217 de la LEC, que establece las consecuencias desfavorables para las partes, pero solo para el caso de que el juez no haya alcanzado convicción alguna después de haberse practicado las pruebas pertinentes, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En efecto, entendemos que dichas normas no son aplicables al presente proceso ya que como hemos indicado, las mismas sólo son aplicables en caso de que por medio de la prueba practicada en el proceso, el juzgador no alcanza convicción alguna sobre la realidad de las alegaciones formuladas por las partes.

Así por medio de los documentos números 3 a 6 aportados junto con la contestación a la demanda, se probó la reparación de muchos de los defectos ahora reclamados siendo del todo revelador el documento número 5, el cual señala que el propietario realizó reformas en la vivienda en cuestión después de la entrega de la misma y fue calificado como resumen final por el representante legal de la entidad demandada en la acto del juicio. **(Min. 1.34.25, 00 CD y Min. 12.49.43, 390)**

De esta manera dicho documento refleja la realización de cuantos defectos fueron reclamados de contrario, a excepción de aquellos que fueron provocados por la empresa que ejecutó obras de remodelación con posterioridad a [REDACTED]

Por tanto, esta parte mediante dichos documentos y en virtud de los testimonios de los testigos, ha probado de forma fehaciente la reparación de ciertos defectos, como la referente a las arquetas, ya que todos los testigos coincidieron en señalar que las viviendas se ejecutaron con una arqueta compartida para cada cuatro viviendas. **(Min. 12.27.50, 062 CD y Min. 12.48.43, 265 CD).**

Asimismo, se ha probado la impertinencia de reparar el resto de defectos, por tratarse de zonas inaccesibles -cámara bufa o sanitaria- a las cuales sólo se puede acceder realizando agujeros en tabiques **(Min. 12.29.50, 453 CD y 12.46.56, 203 CD).**

En este momento queremos destacar las respuestas dadas por el Sr. [REDACTED] por tratarse de un testigo imparcial **(Min. 12.42.36, 171 CD):**

- 1.- No reconoce la fotografía 3 del informe pericial.
- 2.- Asimismo, confirma la ejecución de la cámara bufa al efecto de impedir filtraciones de agua en la vivienda.

3.- Considera que los escombros existentes en la cámara bufa son los habituales después de cualquier obra. No le "cuadra" que existan cascotes en la cámara pero los mismos no afectan en absoluto al disfrute y habitabilidad de la vivienda.

Por tanto, indirectamente, está atribuyendo la responsabilidad de la existencia de los cascotes a otras razones, como la realización de reformas por los propietarios.

4.- Que la existencia de agua podía obedecer a las lluvias habidas acumuladas debido al terreno arcilloso, **la cual se evaporaría con el calor sin afectar a la habitabilidad de la vivienda.**

5.- Que la zona referida -cámara bufa- no puede habitarse en ningún caso.

Asimismo, queremos destacar ciertas respuestas dadas por el perito de la parte contraria (Min. 12. 56.28, 859 CD) por su interés para el devenir del pleito:

1.- Negó que las canalizaciones de aguas pluviales estuvieran conectadas a la de aguas fecales, como se alega de contrario.

En consecuencia, afirmó que el agua que había debajo de la vivienda procedía de la lluvia, con lo que corrobora la función de la cámara bufa en orden a mantener aislada la vivienda.

2.- En relación con el informe pericial debemos manifestar que el mismo es relativo al mes de noviembre de 2006, y no detecta las reparaciones señaladas en los documentos 3 a 6 realizadas por [REDACTED] las cuales finalizaron en abril de 2007, es decir, 5 meses después de la realización del informe.

TERCERO.- Valoración conjunta de la prueba.

En consecuencia, y sentado todo lo anterior, es claro que el juzgado de instancia no ha valorado conjuntamente toda la prueba practicada en el presente procedimiento.

En esta sentido, se considera por el juzgado que existen todos los defectos reclamados de contrario, pero no discrimina de la reclamación aquellos que se han producido o generado por la propia demandante y cuyo origen se encuentra en las reformas realizadas con posterioridad a la entrega de la vivienda.

En concreto, existen dos partidas en el informe pericial aportado como documento número 6 de la demanda, que deberían ser descontadas, ya que como hemos expuesto no son necesarias y se encuentran en una zona de la casa inhabitable e inaccesible.

Se trata de las partidas de *Bombeo de agua bajo forjado sanitario y limpieza de suciedad bajo forjado*. Estimamos que dichas tareas son innecesarias debido a que como se afirmó por todos los testigos ese bajo forjado es una cámara bufa.

En efecto, tanto el testigo Sr. [REDACTED] como el Sr. [REDACTED] dejaron bien claro que dicha estancia estanca tenía como fin asilar la vivienda de posibles humedades y que el agua que ahí se estancaba se evaporaba con el calor -así se recoge en la propia sentencia- (**Min. 12.47.35, 234 CD**), sin que ello afectara a la habitabilidad de la vivienda.

En definitiva, la demandante reclama la reparación de unos daños que no existen o que no afectan a la habitabilidad o estructura de su vivienda, los cuales no son visibles ni accesibles si no es por medio de la ejecución de roturas en tabiques o el solado de la vivienda.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y en su virtud, tener por interpuesto en debidos tiempo y forma el presente **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia dictada en los presentes Autos, dando traslado del mismo a la Sala que corresponda de la Audiencia Provincial de Madrid para que resuelva lo que estime oportuno, y

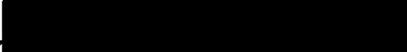
SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo y, previos los trámites oportunos, dictar resolución por la que estime íntegramente el presente **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Sentencia dictada en los presentes Autos, revocando total, o al menos parcialmente los pronunciamientos contenidos en la misma, y condenando, en su caso, a la parte contraria al abono de las costas devengadas en ambas instancias.

Es justicia que pido en Madrid, a 11 de diciembre de 2009.

PRIMER OTROSÍ DIGO: En caso de haber cometido algún defecto involuntario, solicitamos se acuerde de conformidad con el **art. 231 de la LEC**, su subsanación en la forma y el plazo que la Ley determine a tal fin, y al Juzgado.

AL JUZGADO SUPLICO se sirva tener por hecha la manifestación de intención precedente.

Es justicia que reitero en fecha y lugar ut supra.

Ldo. 

Proc. M. 