

Roj: STS 2472/2013
Id Cendoj: 28079110012013100268
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1914/2010
Nº de Resolución: 327/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 978/2009 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 402/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mula, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Álvaro Conesa Fontes en nombre y representación de Inocencio , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Jacobo de Gandarillas Martos en calidad de recurrente y la procuradora doña Marta Isla Gómez en nombre y representación de don Samuel en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don José Iborra Ibáñez, en nombre y representación de don Samuel , interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Inocencio y doña Otilia en ejercicio de acción reivindicatoria, estableciendo la cuantía en 200.000 #, valor estimatorio de la finca objeto del proceso y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que <<se estime íntegramente la demanda con los siguientes pronunciamientos:

- 1º. Declarar la titularidad de mi mandante de la finca descrita en el hecho cuarto de la demanda.
- 2º. Condenar a los demandados a restituir a mi mandante la posesión de dicha finca.
- 3º. Imponer a la parte demandada las costas causadas en este juicio>>.

2.- El procurador don Angel Cantero Meseguer, en nombre y representación de don Inocencio y de su esposa doña Otilia , 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 <<desestimatoria, con costas, por ser de justicia>>.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mula, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Samuel contra D. Inocencio y D.^a Otilia , que quedan absueltos de las pretensiones dirigidas contra ellos, con imposición de las costas a la parte actora.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Estimando el recurso de apelación interpuesto por Samuel , a través de su representación procesal, contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio del año 2009, en el juicio ordinario seguido con el nº 402/2008 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Mula , debemos REVOCAR la misma y dictar otra por la cual se estima la demanda planteada por Samuel , declarando que el mismo es titular, junto con otro, de la finca descrita

en el hecho cuarto del escrito de demanda condenando a los demandados Inocencio y Otilia a restituir al actor la posesión de dicha finca, imponiendo a los demandados las costas procesales de instancia.

Sin verificar expresa imposición en cuanto a las costas de esta alzada.

TERCERO .- 1.- Por D. Inocencio se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

1. Infracción del art. 225,3 de la LEC , solicitando la nulidad de actuaciones ante la inexistencia de grabación de la vista del recurso de apelación.

2. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 12 de abril de 2011 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Marta Isla Gómez, en nombre y representación de don Samuel , presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintitrés de abril del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De lo actuado resulta que el Sr. Samuel interpuso demanda ejercitando acción reivindicatoria contra el Sr. Inocencio (hoy recurrente) y la Sra. Otilia , que fue desestimada.

En el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia no se grabó el acto del juicio, lo que motivó recurso de apelación de la parte actora, en la que se instaba la nulidad del procedimiento, alegando la importancia de la declaración del demandado Sr. Inocencio y de la testigo D.^a Esmeralda ; subsidiariamente, solicitó la revocación de la sentencia como cuestión de fondo.

Por la parte apelada (Sr. Inocencio) se alegó que ninguna de las partes solicitó la nulidad de las actuaciones ante el Juzgado, por lo que razonablemente éste procedió a dictar sentencia, al tiempo que denunciaba la mala fe de la parte apelante y actora que si bien cuando el Juzgado le dio traslado de la falta de grabación no instó la nulidad y cuando advierte que el resultado de la sentencia no le es favorable, sí procede a invocar la nulidad de las actuaciones.

Ante estas alegaciones la Audiencia Provincial dicta providencia con fecha 7 de abril de 2010, suspendiendo la deliberación fijada para ese mismo día, y acuerda señalar vista en la que se recibiría declaración al Sr. Inocencio como parte y la testifical de D.^a Esmeralda , lo que se le notifica a las partes, advirtiéndoles de la posibilidad de interponer recurso de reposición, que no se formalizó por ninguna de ellas.

El día 2 de junio de 2010 se celebró la vista señalada practicándose las dos pruebas mencionadas, no efectuándose grabación y levantándose acta en la que la Sra. Secretaria Judicial recogió las preguntas efectuadas y las respuestas emitidas, con suficiente extensión.

En el acto de la vista la parte apelada (hoy recurrente) renunció a la testigo, renuncia que no fue aceptada por la Audiencia Provincial, "puesto que no se produce ningún retorno". La testigo fue interrogada por la parte actora (hoy recurrida).

SEGUNDO .- Motivo primero. Infracción del art. 225,3 de la LEC , solicitando la nulidad de actuaciones ante la inexistencia de grabación de la vista del recurso de apelación .

Se desestima el motivo .

Alega el recurrente que procede la nulidad de lo actuado pues el tribunal de oficio decidió practicar unas pruebas sin que nadie se lo solicitase, máxime cuando no puede acordarse en segunda instancia diligencias finales. Que la vista de la segunda instancia no se grabó.

Alegó el recurrido que extrañamente la parte recurrente insta ahora la nulidad, cuando se opuso a la misma en apelación, en relación con la falta de grabación del juicio, y ello solo tiene como causa el resultado de la prueba.

Esta Sala debe rechazar el primer submotivo relativo a la práctica de prueba, señalada de oficio por el tribunal de segunda instancia, para salvar la falta de grabación del acto del juicio. En primer lugar, se debe destacar que no se trata de una diligencia final, pues aún no se había celebrado la vista, cuando se procede a señalar fecha para la prueba. En segundo lugar, al tribunal le esta permitido, en fase de apelación, subsanar defectos procesales (art. 465.3 LEC).

Esta Sala como argumento nuclear debe declarar que la parte no recurrió en reposición el señalamiento de vista para práctica de la prueba, con lo que al no haber denunciado en la instancia, la pretendida irregularidad procesal, debemos desestimar este motivo de acuerdo con el art. 468.2 LEC que exige esa denuncia previa.

Añade la parte recurrente que la vista no se grabó, lo cual es cierto, pero sí se levantó acta por la Sra. secretaria judicial, en la que con suficiente desarrollo se recogen las declaraciones de las partes y los documentos exhibidos, lo cual es factible procesalmente, pues el art. 187 LEC faculta para ello cuando no se pudieran utilizar los medios de grabación (STS 22 de diciembre de 2009, rec. 1591/2005). Por ello, también debe rechazarse este submotivo, pues el pretendido defecto procesal, en ninguno de los casos produjo indefensión (art. 225.3 LEC).

TERCERO .- *Motivo segundo. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española)* .

Se desestima el motivo .

Alega el recurrente que la Audiencia Provincial rechazó la renuncia que hizo de la testigo en el acto de la vista, cuando el principio dispositivo facultaba a la parte para poder hacerlo.

Consta en el acta que se renunció a la testigo que fue llamada a declarar en virtud de la mencionada providencia de 7 de abril de 2010, que no fue recurrida. La causa de denegación de la renuncia consta en el acta que fue, "que no se produce ningún retorno".

En base a ello, esta Sala debe declarar que el tribunal de apelación no estaba practicando una prueba nueva, que como tal podría renunciarse, sino que estaba reproduciendo una prueba ya practicada y que no fue renunciada en primera instancia, por lo que tampoco podía serlo durante un acto procesal en el que tan solo se pretendía reiterar lo ya practicado.

La prueba practicada en segunda instancia, con evidente deseo subsanador, era una directa expresión del principio dispositivo (arts. 216 y 282 LEC) y se volvió a practicar en segunda instancia, porque en primera instancia fue propuesta por la parte que ahora recurre; le fue anunciada por la providencia mencionada, que no recurrió y tuvo posibilidad de interrogarla en audiencia pública, aunque declinó tal posibilidad, siendo interrogada solo por la parte actora, por lo que se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se ha desarrollado el proceso con plenas posibilidades de alegaciones y debate, practicando las pruebas propuestas y subsanando las deficiencias de grabación de la primera instancia, transcribiéndose en el acta de forma amplia el resultado de la prueba, que no podía renunciarse pues se reprodujo aquella que la parte que ahora recurre propuso ante el Juzgado (art. 24 de la Constitución) .

Como declara la Sentencia de esta Sala de 26-7-2012, recurso 2020 de 2009 , se ha de partir del principio de conservación del proceso judicial en la medida de que la documentación por medio del acta del secretario judicial no produzca concreta indefensión material.

En el caso de autos no se aprecia violación del derecho de defensa del hoy recurrente, en cuanto el proceso se ha desarrollado con transparencia, plucritud y plenas garantías.

CUARTO .- Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000) .

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por D. Inocencio representado por el procurador Sr. Gandarillas Martos contra sentencia de 8 de julio de 2010 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente.



Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ