

NOTIFICADO - 06.05.14

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Undécima**

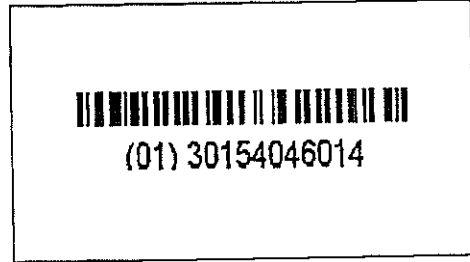
C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: -

**Recurso de Apelación**



**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario

**APELANTE:**

PROCURADOR D./Dña.

**APELADO:**

PROCURADOR D./Dña. ENRIQUE JOSE THOMAS DE CARRANZA MENDEZ DE VIGO

**SENTENCIA**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. CESÁREO DURO VENTURA**

**Dª MARGARITA VEGA DE LA HUERGA**

**Dª MARIA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA**

En Madrid, a veintiuno de abril de dos mil catorce.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid, seguido entre partes de una como apelante, representado por la Procuradora Dña. y de otra como apelado representado por el Procurador D. ENRIQUE JOSE THOMAS DE CARRANZA MENDEZ DE VIGO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13/07/2012.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente Dª

**AESTIMATIO**



C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31  
info@aestimatiobogados.com www.aestimatiobogados.com

NOTIFICADO

## I.-ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 13/07/2012, cuyo fallo es del tenor siguiente: <<ESTIMO la demanda interpuesta por el Procuradora D. Enrique Thomas de Carranza en representación de

..., contra " ..., representado por la Procuradora Dª ..., y en consecuencia

1.- CONDENO a ... a pagar a

la cantidad de euros 58.074,21 euros (CINCUENTA Y OCHO MIL SETENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS) más el interés legal de dicha suma desde el 3 de febrero de 2011, fecha de presentación de la solicitud que dio lugar al Juicio Monitorio r ... de este Juzgado.

2.- CONDENO asimismo a la expresada demandada al pago de las costas derivadas de la demanda>>.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la sociedad ..., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

## II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan, en lo pertinente, los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-**El presente recurso trae causa del juicio ordinario promovido por ..., contra: ..., tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia número 69 de Madrid, con el número de autos ..., sobre reclamación de 58.074,21 €, como resto del precio pendiente de los trabajos realizados para la demandada en relación a la construcción de una promoción de 17 viviendas en la localidad de Guadarrama.



decreto que fue recurrido en reposición, recurso desestimado una vez realizada la exhibición de la documentación. Llegado el acto de la audiencia previa la actora renunció al informe pericial solicitado, pero solicitó mediante exhorto testimonio del informe del administrador concursal de 17 febrero 2012, referente a la situación contable entre la actora y la demandada.

2.-Vulneración del artículo 217 de la LEC. Error en la valoración de la prueba. La actora no ha aportado documento alguno justificativo de la deuda, como las facturas emitidas y enviadas a la demandada solicitando el pago. El representante legal de la actora en el juicio reconoció que el IVA en caso de las promotoras en el 7% y que los únicos trabajos que realizaron con la demandada, al margen de la obra objeto de litigio, fueron una reparaciones pequeñas cuyo pago está completamente abonado. De todo ello se deduce que los pagos que dice la demandada haber realizado sólo pueden ser imputables a la obra de Guadarrama. No existieron pagarés de peloteo. La falta de diligencia de la actora al no emitir las facturas por los trabajos que se van realizando, no puede ser suplida con una prueba nula como es el informe emitido por el administrador concursal, no habiendo cumplido

S.L. con la carga de la prueba que le correspondía. Discute la valoración realizada por la juzgadora de la declaración del testigo señor Planet que es contradictoria con la declaración del administrador concursal.

Concluye señalando que la juzgadora de instancia, de un lado, ha valorado pruebas que no debió tener en cuenta como el informe pericial y las testificales, y, de otro lado, ha omitido valorar una prueba tan importante, como han sido los justificantes de pago aportados por la demandada. Solicita en definitiva que se declare la nulidad de actuaciones y retrotraigan las mismas hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda, en la que no se deberá admitir la práctica de la prueba anticipada de exhibición de documentos y subsidiariamente se revoque la sentencia y se dicte otra sin tomar en consideración el contenido del informe pericial y la declaración de los testigos que se encuentran incurso en causa de tacha, desestimando la demanda.

A dicho recurso se opone la actora, poniendo de manifiesto en relación al informe pericial del administrador concursal, que si bien en un primer momento se anunció en la demanda dicho informe, posteriormente se entendió procedente formular la prueba no como

pericial sino como "más documental", como exhibición de documentos, solicitando que se trajera a los autos el informe que obraba en el procedimiento del concurso voluntario, relativo a las cuentas de ambas mercantiles litigantes. El cambio de medio probatorio no ha causado perjuicio alguno a la demandada, a quien se había dado traslado del informe presentado por el administrador concursal, con más de un mes de antelación a la vista del juicio, con lo que aquella tuvo tiempo más que suficiente para la exhibición de documentos consistente en libros de ingresos y gastos de los años 2007, 2008 y 2009 y solicitar prueba contradictoria. En cuanto a la nulidad no la instó en el momento procesal oportuno cual hubiera sido al comienzo del juicio.

SEGUNDO.- 1.-Infracción de normas y garantías procesales: de la nulidad del informe emitido por el administrador concursal: vulneración de los artículos 270 en relación con el 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). De la tacha del testigo :

En relación al informe del administrador concursal, visionadas las grabaciones de la audiencia previa y del juicio, se comprueba que la parte actora en la audiencia previa alega que, al estar [redacted] en concurso, el administrador concursal no puede ser considerado como perito y por tanto desiste de la prueba pericial anunciada en la demanda. En fase probatoria la parte actora solicitada como *más documental* que se libre exhorto al Juzgado de lo Mercantil número ocho de Madrid, que tramita el concurso de acreedores voluntario de [redacted] a fin de que por el secretario se expida testimonio y remita copia del informe del administrador concursal de 17 de febrero de 2012 referente a la situación contable entre [redacted] S.L y [redacted], y que se requiera a la demandada para que aporte copia de los libros de ingresos y gastos de los años 2007, 2008 y 2009. También solicita *el interrogatorio de tres testigos*, uno de ellos don [redacted] administrador concursal de la actora, añadiendo que "a fin de que dé razón de la situación contable de las mercantiles aquí litigiosas y se pronuncie sobre el informe de 17 de febrero de 2012 aportado el procedimiento concursal...". Prueba toda ella admitida por la juzgadora a quo, que requiere a la demandada para que presente los libros para su cotejo. Contra la admisión de prueba solicitada como *más documental*, recurre la parte demandada en reposición al entender que es una forma de traer a este pleito una pericial, siendo la

admisión improcedente y extemporánea; recurso que es desestimado por entender la juzgadora que no se ha propuesto pericial y la testifical no ha sido recurrida.

En el trámite seguido, conforme se ha explicado antes, no se observa infracción de las normas y garantías procesales y de los preceptos legales citados por la recurrente. Aunque en la demanda efectivamente se anunció una prueba pericial, se desiste de ella en la audiencia previa, que es la fase procesal donde se ha de realizar la proposición de prueba. En dicho acto, se solicita como más documental la remisión del informe elaborado por el administrador del concurso de la demandante, cuya declaración se solicita como testigo y que la demandada exhiba determinados libros contables. Se trata sin duda de una prueba pertinente, propuesta conforme a la legalidad, y de evidente interés para la resolución del pleito, en el que se discute que se adeude por [redacted] la cantidad reclamada. Esta mercantil recurre la admisión de la propuesta como más documental, según ya se ha explicado, al entender que es una forma de introducir de forma subrepticia en el procedimiento una pericial de la que ya se ha desistido. Sin embargo puesto que no se propone ya como pericial, se está en un ámbito distinto, tratándose ahora de una prueba documental cuya proposición está amparada en los artículos 324 y siguientes de la LEC.

Se trata sin duda de una prueba relevante cuya valoración será objeto de análisis con referencia al segundo motivo del recurso.

En cuanto a la tacha del testigo, señor [redacted] en la primera instancia se mantuvo por [redacted] que aquél, como administrador concursal, tuvo que prestar consentimiento para el ejercicio de la acción que ha dado origen al presente procedimiento, convirtiéndose así en parte interesada, e incurriendo en la causa de tacha que dispone el artículo 377.1.2º y 3º de la LEC. Tacha a la que se opuso la parte actora manteniendo que la posición de dicho señor es totalmente neutra, pues el activo de la sociedad en concurso será liquidado como corresponda a los acreedores, sin que por el hecho de ser administrador concursal, tenga interés en el pleito. La referida tacha no es apreciada en la sentencia apelada, que se apoya especialmente en la declaración del señor Bernal para entender justificada la deuda.

Como recuerda la Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3-7-2012,

(EDJ 2012/162555) "La finalidad de la "tacha" de los testigos (artículo 377 LEC) es poner de manifiesto al tribunal determinadas circunstancias que puedan influir en la valoración del testimonio y que no hayan sido reveladas con anterioridad. Así la sentencia núm. 594/2006, de 8 junio EDJ2006/89251, afirma que «las tachas testificales no tienen otro trámite que probar la causa alegada y no impide que en sentencia los juzgadores valoren las tachas concurrentes y la importancia del testigo tachado, por lo que no resulta de prohibición legal que se pueda tener en cuenta, en todo o en parte, el testimonio prestado, al autorizar el artículo 1.248 del Código Civil y 659 de la LEC EDL2000/77463 (de 1881) su apreciación discrecional, ponderando las circunstancias concurrentes en cada testigo y aquellas por las que fueron tachados (sentencias de 31-3-2004, que cita las de 3- 12-1984 EDJ1984/7527 ,1-6-y-10-11-1989 EDJ1989/10043 ,23-11-90 EDJ1990/10675 , 6-10-1994, 20-7-1995 EDJ1995/4238 y 12-6-1998EDJ1998/7873 )».

Se ratifica en esta alzada la no consideración de la tacha alegada, al no constar la concurrencia de alguno de los supuestos comprendidos en el artículo 337.1 de la ley procesal, pues el señor no es dependiente de la parte demandada ni de su procurador o abogado ni está al servicio o se halla ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses. Tampoco se acredita que tenga interés directo o indirecto en el asunto, pues la sentencia no va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses, teniendo en cuenta además que la tacha de los testigos o la posibilidad de ser tachados no impide al Juzgador estimar en todo o en parte el valor probatorio de sus declaraciones, posibilidad de valoración de dicha prueba que igualmente se infiere del contenido del actual art. 376 L.E.C., que establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado, precepto que ha de ser puesto en relación con el contenido de los arts.360 y 361 de la L.E.C.

Se desestima por todo ello el primer motivo del recurso, no habiendo lugar a la nulidad de actuaciones solicitada.

**AESTIMATIO**

A B O G A D O S

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31  
[info@aestimatioabogados.com](mailto:info@aestimatioabogados.com) [www.aestimatioabogados.com](http://www.aestimatioabogados.com)



**TERCERO.- 2.-Vulneración del artículo 217 de la LEC. Error en la valoración de la prueba.**

El artículo 217 referido establece, en sus apartados 2 y 3 , que corresponde al actor 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, e incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniente o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 6 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

Como recoge la SAP de Baleares, sec. 5ª, de 7-4-2011 (nº 478/2011, rec. 1/2011)  
*"...para determinar si un hecho tiene una u otra consideración ha de examinarse la situación concreta, pues un hecho puede variar según la perspectiva que se invoque, es decir, adaptándose a cada caso concreto, teniendo en cuenta los hechos afirmados o negados. Por ello la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1.987, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1.988 declara en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".*

*Asimismo, es necesario dejar claro 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 estas por razón de defender sus particulares intereses (SSTS 1-3-94, 20-7-95) debiendo quedar claro, por tanto, que dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales, estos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso, optar entre ellos por el que 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). Los preceptos de la LEC relativos a las pruebas practicadas, no contienen reglas valorativas, sino admoniciones a los jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido y para destruir una conclusión presuntiva, debe demostrarse que el Juez ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo un juicio de valor que está reservado a los tribunales y que hay que respetar, en cuanto no se acredite que es irrazonable”.*

En el presente caso la juzgadora a quo aplica correctamente las normas sobre la carga de la prueba, siendo llamativo que sea la demandada la que plantea esta cuestión cuando en su mano estaba contrarrestar los resultados del informe y declaración del administrador concursal, si hubiera aportado toda la documentación requerida, pues sigue sin justificar por qué no presentó los documentos relativos al año 2007, debiendo asimismo confirmar en esta alzada la valoración que se realiza por la juzgadora de instancia de dicha prueba así como del resto de las testificales y declaraciones practicadas en el acto del juicio, que junto con la documental obrante en autos, permite concluir la existencia de la deuda reclamada por la actora, lo que no logra desvirtuar la parte contraria, quien no acredita que todos los cheques que se recogen en el documento dos de su escrito de contestación se hayan efectivamente abonado a la demandante.

No pueden atenderse las manifestaciones de la demandada y aquí apelante realizadas en su escrito de fecha 28 de febrero de 2012 sobre la inexistencia de los libros de ingresos y gastos solicitados, pues no es difícil entender, como se dice por la propia parte y

así se aclara de contrario en su escrito de 14 de marzo de 2012, que se trata de los libros de inventarios y de cuentas anuales, en los que deben reflejarse las compras y gastos y las ventas e ingresos. En cualquier caso el informe del administrador concursal (a los folios 379 y siguientes) es claro y concluyente. En el mismo se refleja que ha podido examinar la contabilidad de [redacted] de los ejercicios 2008 y 2009, no habiendo presentado ni exhibido la correspondiente al año 2007; y asimismo ha podido examinar la contabilidad de [redacted] de los ejercicios 2007, 2008 y 2009; en concreto las facturas emitidas por la demandante a la demandada, los ingresos contabilizados por la demandante durante los tres ejercicios, y los gastos contabilizados por la demandada durante los ejercicios 2008 y 2009. Concluye que según los estados contables de [redacted] del total de 1.439.005,09 € al que ascendió el importe total de la obra sin IVA (presupuesto total que admitió el representante legal de la demandada en el acto del juicio), tiene contabilizados como ingreso en los tres ejercicios referidos la cantidad de 1.384.726,77 € (sin IVA), por lo que según su contabilidad existe un saldo a su favor frente a [redacted] de 54.278,34 € más IVA. Se asume aquí la explicación recogida en la sentencia apelada, en el sentido de que la operación del referido administrador concursal consiste en extrapolar como gasto de 2007 a la cuenta de [redacted] lo que figura como ingreso de ese año, procedente de la demandada, en la cuenta de la actora, siendo el saldo resultante a favor de [redacted] coincidente con la cantidad reclamada en la demanda.

Como tiene dicho este tribunal en su sentencia de 2-9-2013. nº 490/2013. rec. 200/2011 (EDJ 2013/185253) la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades de la Juzgadora de instancia, que deberá llevar a cabo la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido, como se encuentra, por la inmediatez al deber presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas, pues si bien con el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente tal principio ha perdido intensidad dado que el soporte documental videográfico del acto del juicio permite visualizar las pruebas practicadas en él, ello no significa que no siga teniendo una especial trascendencia en cuanto coloca al Juzgador de instancia en una situación privilegiada porque la relación directa con las partes, y, en su caso, con los testigos y los peritos le permite la formulación de cuantas preguntas y aclaraciones tenga por conveniente encaminadas al esclarecimiento de los hechos controvertidos. De tal suerte que cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que

aquella aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, que aún debe ser completado refiriéndonos a la prueba testifical y de interrogatorio de parte, en el sentido de que las mismas son de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juzgador según su prudente criterio y conforme a las reglas de la sana crítica, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 376 y 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". En este caso la valoración de la prueba no resulta arbitraria, injustificada o injustificable, debiendo confirmar la sentencia de primera instancia.

Por todo lo cual el recurso ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** Las costas de esta alzada se imponen a la apelante, en aplicación del artículo 398.1 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **III.-FALLAMOS**

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña M<sup>a</sup> , en nombre y representación de , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid, de fecha 13 de julio de 2012, que se confirma, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el

mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0134-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe



**AESTIMATIO**

A B O G A D O S C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31  
[info@aestimatioabogados.com](mailto:info@aestimatioabogados.com) [www.aestimatioabogados.com](http://www.aestimatioabogados.com)