

Roj: SAP M 13334/2005
Id Cendoj: 28079370142005100643
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 14
Nº de Recurso: 15/2005
Nº de Resolución: 780/2005
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: AMPARO CAMAZON LINACERO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00780/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 15 /2005

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

AMPARO CAMAZON LINACERO

PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

JOSÉ ZARZUELO DESCALZO

En MADRID , a doce de diciembre de dos mil cinco .

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de MADRID , los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 239 /2003 , procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de MAJADAHONDA , a los que ha correspondido el Rollo 15 /2005 , en los que aparece como parte apelante "DE FORJA ALFRED AND NACHO S.L."_representado por el procurador Doña CELIA FERNANDEZ REDONDO en esta alzada, y como apelado "CANDIDO ZAMORA S.A.", quien formuló oposición al recurso en base al escrito que a tal efecto presentó, representado por el procurador Don ANTONIO MARTINEZ DE LA CASA RODRIGUEZ en esta alzada, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. DOÑA AMPARO CAMAZON LINACERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Majadahonda, en fecha 23 de septiembre de 2004 se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de Cándido Zamora, S.A. debo condenar y condeno a De Forja Alfred and Nacho, S.A. a abonar a la actora la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CENTIMOS (242.079,55 EUROS) reclamados en concepto de principal, más los intereses legales correspondientes desde la interpelación judicial hasta su total pago, así como al abono de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte apelante "DE FORJA ALFRED AND NACHO S.L.", al que se opuso la parte apelada "CANDIDO ZAMORA S.A.", y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los *artículos 457 y siguientes de la LEC* , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 18 de octubre de 2005.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes que pesan sobre esta Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- La actora reclama a la demandada el precio impagado y vencido de los materiales suministrados a la última y su montaje en la construcción de una nave industrial en Aldabón - Toledo- (105.403,80 euros) o a su disposición por la negativa a recibirlos (72.090,42 euros), ascendente a 177.494,22 euros, más gastos de devolución de giros bancarios en suma de 657,68 euros (total 178.151,90 euros), haciendo constar en la demanda que habían de vencer durante el procedimiento recibos cuyo pago se había aplazado, aportando las facturas y albaranes de entrega de los suministros realizados por la actora y certificados de la entrega de algunos de los suministros efectuados directamente por los proveedores de la actora a la demandada y por cuenta y orden de la primera. La reclamación, de acuerdo con lo señalado en la demanda, se amplió con los vencimientos de 11 de mayo de 2003 (2.595,26 euros más 45,46 euros de gastos), 8 de junio de 2003 (44.492,31 euros más 774,46 euros de gastos) y 18 de junio de 2003 (15.710,65 euros más 273,67 euros), totalizando la reclamación la suma de 242.079,55 euros.

La demandada se opone a la demanda alegando que el compromiso contraído con la actora era la realización, fabricación, suministro e instalación de los materiales de la nave hasta su terminación total, debiendo entregarse los forjados de hierro y hormigón que constituyen la estructura esencial de aquélla, y que se convino plasmar por escrito el correspondiente contrato, cuyo pago se haría: el 10% al contado contra entrega de los materiales; 90% restante a la finalización de la obra; así como que se recogería una cláusula de arbitraje y una pericial que permitiera penalizar o excluir el pago en caso de que no se ejecutara el compromiso en su totalidad o en los plazos pactados; que hubo retrasos desde el principio, suministrándose aisladamente materiales sin proceder a su instalación en los plazos acordados y sin formalizar el correspondiente contrato de obra, lo que le obligó a contratar y realizar por sí misma parte de la obra acordada con la actora; que la actora, después de la primera provisión, le exigió el pago al contado y por adelantado, lo que no aceptó la demandada, habiendo abandonado la obra y retrasado las entregas en los plazos acordados en repetidas ocasiones; que los suministros no se correspondían en cantidad, pesaje y montaje con los albaranes pretendidos; que la actora, en lugar de acceder a la firma del contrato, procedió a interrumpir los suministros, requiriendo su pago por adelantado, a lo que se negó la demandada, que mostró su voluntad de firmar los efectos inicialmente pactados del 90% del importe del material en el momento de su entrega, con vencimiento en los plazos previstos para la finalización de la obra y del 10% al contado en el momento de su entrega, a lo que se negó la actora que interrumpió las obras, obligando a la demandada a acabar las mismas por su cuenta y riesgo; que la obra no solo resultó inacabada por abandono voluntario de la actora, sino mal ejecutada en la parte llevada a cabo, como se deduce, todo según la demandada, del reportaje fotográfico que aporta como documento 11 de la contestación inicial -en contestación a la ampliación de la demanda aporta acta notarial como documento 1-; que los precios y pesajes facturados no se corresponden con los presupuestados; que no está de acuerdo con las siguientes facturas e importes: número 15.514 (1.738,02 euros), 373 (2.652,33 euros), 375 (6.387,75 euros), 927 (7.657,41 euros), 1.806 (977,46 euros), 2.204 (481,51 euros), 2.205 (4.351,66 euros), 2.206 (0 euros), 2.592 (44.492,31 euros), 3.031 (15.710,65 euros), esto es, muestra disconformidad con facturas por importe de 84.449,1 euros; y muestra conformidad con las facturas e importes siguientes: 15.514 (5.850,92 euros), 15.766 (-455,03 euros), 374 (12.950,01 euros), 925 (13.714,1 euros), 926 (8.176,53 euros), 1.353 (10.170,14 euros), 1.805 (13.954,30 euros), 927 (16.111,86 euros), 2.204 (523,95 euros) y 1.354 (2.595,26 euros), es decir, muestra conformidad con facturas por importe de 83.592,04 euros. Respecto de la factura 1.354 (2.595,20 euros) sostiene que se corresponde con una realidad de materiales entregados, sin perjuicio de los incumplimientos en la entrega y calidades de toda la obra. Las causas por las que muestra disconformidad con aquéllas facturas son las que siguen: 15.514 (un albarán), por no haber sido entregada la mercancía al no estar suscrito el "recibí conforme" del albarán pues la firma que consta en el documento 2 de la demanda no se corresponde con la firma de ninguno de los competentes para ello y estar el original que obra en su poder sin firma (documento 1 de la contestación); 373 (un albarán), por no haber sido entregada, no reconociendo la firma del albarán que soporta la factura (documento 4 de la demanda), y estar sin firmar el albarán que aporta como documento 2 de la contestación; 1.806 (un albarán), por las mismas razones (no se reconoce la firma del albarán aportado como documento 12 de la demanda y se aporta albarán original, ejemplar amarillo, sin firma como documento 3 de la contestación, además de estar anotado en el "recibí conforme" una N, fórmula utilizada para marcar los albaranes con los que no se está conforme, por no haberse recibido la mercancía y no aparecer firmados); 2.204 (dos albaranes), por las mismas razones (documentos 13 de la demanda y 4 de la contestación); 2.205 (dos albaranes), por idénticas razones (documentos 14 de la demanda y 5 de la contestación); 2.206 (cuatro albaranes e importe de la factura 0), por no estar firmados los albaranes presentados por la actora como documento 15; 375 (un albarán), por no existir albarán que acredite la entrega por no estar firmado por la demandada, como tampoco lo están el resto de los albaranes correspondientes a esta factura, tratándose de hojas de calco (documentos 5 de la demanda y 6 de la contestación); 927 (un albarán), por las mismas razones (documentos 8.3 de la demanda y 7 de la

contestación); 2.592 (veintiún albaranes) porque las firmas que aparecen en los albaranes de entrega junto a la factura (documento 16 de la demanda) no se reconocen, ya que no firmó los albaranes como se puede comprobar en los originales que obran en su poder como documento 8 de la contestación (cuando contesta a las ampliaciones de la demanda sostiene, respecto de esta factura, que se refiere a materiales entregados de pésima calidad que, salvo arreglos por la demandada, no podrán ser utilizados a su fin); y 3.031 (ocho albaranes), porque no se reconocen las firmas que aparecen en los albaranes aportados como documento 17 de la demanda, en confrontación con los albaranes originales que aporta como documento 9 de la contestación (cuando contesta a las ampliaciones de la demanda sostiene, respecto de esta factura, que se refiere a materiales entregados de pésima calidad que, salvo arreglos por la demandada, no podrán ser utilizados a su fin). Igualmente niega adeudar los gastos de devolución de giros bancarios porque, afirma, muchos de ellos no se corresponden con deudas reales y solo tres personas tenían facultades para "repcionar" materiales. Y niega el encargo del material a que se refiere la factura por importe de 72.090,42 euros.

La actora, en la audiencia previa celebrada el 9 de junio de 2004, aporta como documentos, el acta notarial de 9 septiembre de 2003 sobre el estado terminado de la nave y varios certificados suscritos por los proveedores o transportistas que suministraron los materiales a que se refieren el documento 16 y siguientes de la demanda en la obra de la demandada, al amparo de los *artículos 265.2, 270.1 y 426.5 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, cuya relevancia, según aquélla, surge de las alegaciones de la contestación -negación de la suscripción de los albaranes por falta de entrega de los materiales o entrega de materiales defectuosos, de menor pesaje o calidad, de las facturas no reconocidas-, y propone, entre otros medios, prueba testifical con el fin de que el contenido de tales certificaciones -sobre entrega de mercancía a la demandada- sea adverbado. Se admite la prueba documental y la prueba testifical y como se acuerda la práctica de la última por cooperación judicial ya que los testigos residen fuera del lugar del juicio (Talavera de la Reina) y son transportistas y empresarios a los que, por su profesión, les ha de resultar gravoso el desplazamiento a Majadahonda, la juez solicita a la actora pliego de preguntas que hayan de efectuarse a los testigos. La actora aporta el pliego de preguntas el día 11 de junio de 2004 y por providencia del día siguiente, 15 de junio de 2004, se da traslado a la demandada por dos días a los efectos del 381.2 de la *Ley de Enjuiciamiento civil, notificada el 18 de junio de 2004*. La demandada presenta alegaciones, se inadmite el escrito por no existir el trámite de alegaciones pretendido, y se ordena remitir los exhortos para práctica de la prueba testifical por providencia de 25 de junio de 2004. No existió recurso de reposición contra la providencia de 15 de junio de 2004. La demandada interpone, el 28 de junio de 2004, recurso de reposición contra la providencia de 25 de junio de 2004, alegando la infracción del *artículo 401 de la Ley de Enjuiciamiento civil* y solicita la inadmisión de los documentos, ya admitidos en la audiencia previa, y del interrogatorio solicitado al amparo de 381.2 de la Ley procesal y, subsidiariamente, que el interrogatorio se haga a presencia judicial y, para el caso de desestimarse el recurso, aporta pliego de repreguntas único con el contenido que consta al folio 520. El recurso se desestima por auto de 20 de septiembre de 2004, por ser mera reproducción de la protesta de la audiencia previa por la admisión de prueba, y se declara no haber lugar a admitir el pliego de repreguntas por estar fuera del plazo concedido. En el acto del juicio, la demandada insiste en la impugnación de la prueba a que nos venimos refiriendo.

La sentencia de instancia, calificando el contrato verbal como arrendamiento de obra con suministro de materiales, razona que las facturas negadas por la demandada (por firma de los albaranes de entrega no reconocida, falta de firma o facturación en exceso) se corresponden, por haber sido acreditado por la actora según valoración de la prueba que se realiza, con material efectivamente suministrado y montado y que no se ha producido incumplimiento del contrato, parcial o total, imputable a la actora, que exonere del pago del precio o haya de dar lugar a una rebaja, y estima íntegramente la demanda.

La demandada interpone recurso de reposición contra el auto de 20 de septiembre de 2004, instando la nulidad de actuaciones, por no haberse diferenciado al resolver el recurso las dos pretensiones que decía distintas y articuladas en el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 25 de junio de 2004, cuales eran, la solicitud de reposición por infracción del *artículo 401 de la Ley de Enjuiciamiento civil* y consiguiente inadmisión de los documentos -certificaciones confeccionadas por la actora y firmadas por terceros-, ya admitidos en la audiencia previa, y del interrogatorio que decía solicitado al amparo del 381.2 de la misma ley procesal y la pretensión subsidiaria, consistente en que el interrogatorio se hiciera a presencia judicial (conforme a los *artículos 365 a 370* y con intervención de la parte en el modo previsto en los *artículos 372 a 374*) y, para el caso de desestimarse el recurso y practicarse por exhorto, con incorporación del pliego de repreguntas que aportó en correlación al de preguntas de la actora, y haberse resuelto el recurso y la pretensión subsidiaria -subdividida en dos-, el mismo día del juicio, despojando a la recurrente de sus derechos de contradicción, audiencia, intermediación e igualdad de armas, consumándose la vulneración al no haberse dado traslado a la demandada de las declaraciones realizadas por auxilio judicial antes del juicio y solicita la nulidad de actuaciones retrotrayendo el procedimiento al momento en que la demandada debió ser citada para asistir a la actividad probatoria llevada a cabo sin su conocimiento e intervención.

El recurso de reposición fue inadmitido por providencia de 8 de octubre de 2004 al haberse dictado sentencia y ser el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia el cauce para hacer valer las infracciones procesales.

La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia y, en primer término, solicita la nulidad de actuaciones por las causas que expuso en los recursos de reposición contra la providencia de 25 de junio de 2004 y el auto de 20 de septiembre de 2004, los hechos que dice acaecidos en el acto del juicio (impedirle el juez de instancia articular alegaciones referentes a la vulneración de derechos fundamentales en el origen y obtención de la prueba y limitación del tiempo de conclusiones) y la premura en dictar sentencia (un día después); en segundo lugar, alega error en la valoración de la prueba e indebida valoración de la prueba reiteradamente impugnada.

SEGUNDO.- Los documentos relativos al fondo del asunto que la actora debía acompañar inexcusablemente con la demanda eran, de acuerdo con establecido en el *artículo 265.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil*, las facturas y albaranes de entrega ya que en ellos se fundamentaban sus pretensiones y estos se aportaron con el escrito rector del procedimiento.

La aportación, en la audiencia previa, de las certificaciones sobre las entregas a que se referían los albaranes negadas por la demandada (a las que se referían el documento 16 y 16.1 a 16.28) estaba permitida por el *artículo 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil* porque su interés sólo se puso de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por la demandada en la contestación a la demanda, cuales eran, la negación de las entregas de los materiales a que se referían las facturas y albaranes aportados con la demanda; la veracidad de los albaranes, su contenido y recepción de éste por la demandada, dado que es un uso en el tráfico mercantil la suscripción de éstos por cualquier persona empleada de la empresa a quien va dirigida la mercancía sin rigor alguno, podía justificarse por cualquier medio probatorio, entre ellos, por las certificaciones firmadas por los transportistas que llevaron los suministros de la actora a la obra de la demandada y por los proveedores y transportistas que entregaron, en ocasiones, directamente los materiales en la obra de la demandada por cuenta y orden de la actora, habiéndose puesto de manifiesto la relevancia de tales certificaciones con la contestación a la demanda; y aún cuando la confección de las certificaciones hubiese sido efectuada por el personal de la actora, por tener constancia en sus archivos de los proveedores y transportistas y de los suministros litigiosos, lo cierto es que se habían suscrito por los proveedores y transportistas, de modo que resultaba indiferente quien había confeccionado el contenido; lo relevante es quien suscribe el documento y hace suyo el contenido y éstos eran terceros (las empresas proveedoras y transportistas), no la actora. La admisión de la prueba documental aportada por la actora en la audiencia previa, incluida el acta notarial levantada sobre el estado de terminación de la nave, era correcta. Es más, esas "certificaciones" expedidas por empresarios sociales e individuales -obviamente no son certificaciones-, servían para facilitar la práctica de la prueba testifical y era la prueba testifical en realidad, no el documento, la que acreditaba la veracidad de los albaranes, su contenido y entrega de dicho contenido a la demandada.

No se ha solicitado en esta segunda instancia la práctica de la prueba en la parte que se dice no realizada -las repreguntas aportadas por la demandada-, como permite el *artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento civil*, lo que impide hablar de nulidad de actuaciones por falta de intervención de la demandada apelante en la prueba testifical, ya que la prueba cuya práctica haya sido incompleta puede ser completada por esa vía y cualquier defecto en la práctica de la prueba admitida puede quedar subsanado en la segunda instancia precisamente por la vía del *artículo 460.2.2ª de la Ley procesal*. Si la prueba no se ha practicado por causa no imputable a la parte o se ha practicado solo parcialmente, la corrección del defecto ha de efectuarse solicitando su práctica en la segunda instancia, por así estar prevista su subsanación en el precepto referido, no pudiendo dar lugar a la nulidad de actuaciones con retroacción del procedimiento.

No obstante, debe afirmarse que la adveración de las certificaciones aportadas se admitió, a pesar de lo que se dice en determinadas resoluciones, como prueba testifical a practicar por cooperación judicial, dada la distancia entre el domicilio de los testigos y el lugar del juicio y lo gravoso del desplazamiento para un número elevado de transportistas y gente de empresas, no por la vía del *artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, quedando salvaguardada la contradicción e intervención de partes, como bien argumenta la juez de instancia, porque aunque se practicara mediante auxilio judicial, lo que permite el *artículo 169.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, se dio a la demandada un plazo de dos audiencias para formular repreguntas en providencia de 15 de junio de 2004, no haciendo uso de su derecho en el plazo concedido, ni tampoco de la facultad de intervención que le concede el *artículo 174 de la Ley de Enjuiciamiento civil* ya que no la solicitó. El recurso de reposición contra la providencia de fecha 25 de junio de 2004, que ordenó, ya transcurrido el plazo concedido a la demandada para aportar pliego de repreguntas, remitir los exhortos para práctica de la prueba, no producía efectos suspensivos (*artículo 451, inciso final, de la Ley de Enjuiciamiento civil*), esto es, no paralizaba la eficacia de lo acordado en la resolución recurrida y la pretensión de la parte de incorporar el

pliego de repreguntas para el caso de desestimación del recurso de reposición es una pretensión desacertada de la parte, ya que debió presentar dicho pliego de repreguntas durante el plazo que le concedió el Juzgado en providencia de 15 de junio de 2004, con independencia de la impugnación o impugnaciones que, por vía del recurso de reposición, pretendiera efectuar, y aquél plazo ya había transcurrido con creces cuando interpone el recurso de reposición y efectúa pretensiones subsidiarias para el caso de desestimación del recurso. El plazo concedido para presentar repreguntas no está fijado en la Ley, pero no es un mero formalismo articulado por el juez, sino el único medio posible para poder practicar prueba testifical con auxilio judicial e intervención de la parte que no propuso al testigo y no designó procurador ni abogado para intervenir en su tramitación; si no se concede un plazo perentorio para formular repreguntas al testigo, no se libra el exhorto hasta que la parte adversa presente por escrito las repreguntas y, en consecuencia, se deja a la voluntad de la parte adversa la práctica de la prueba, que puede limitarse a no presentar pliego de repreguntas para hacer ineficaz la prueba admitida; por ello, el plazo fijado por el tribunal para la aportación de repreguntas, no es un mero formalismo carente de justificación. No existe fraude alguno por acudir al auxilio judicial y no existe razón alguna para prescindir de una posibilidad legal. La parte demandada, que no había aportado las repreguntas por escrito en el plazo concedido en la providencia de 15 de junio de 2004, sabía que por providencia de 25 de junio de 2004 se había ordenado la remisión del exhorto con las preguntas para la práctica de la prueba testifical y debía saber que la interposición del recurso de reposición contra la providencia referida carecía de efectos suspensivos por así disponerlo la Ley y que la admisión de la prueba acudiendo al auxilio judicial ya se había producido en la audiencia previa en la que quedó reflejada su protesta por dicha admisión, lo que impedía la interposición de cualquier recurso de reposición posterior por causas relativas a la admisión de la prueba y forma de practicarla (sin perjuicio de poder reproducir la cuestión en el recurso de apelación que se interpusiera contra la sentencia), de modo que solo a ella es imputable la práctica de la prueba testifical sin su intervención y el desconocimiento que refiere de las declaraciones de los testigos que prestaron testimonio por exhorto antes del juicio; además, en el acto del juicio podía efectuar su informe y conclusiones de acuerdo con esas declaraciones, cuyo contenido era bien simple, el reconocimiento del contenido de las certificaciones aportadas en la audiencia previa, ya que solo esa pregunta se formuló a instancia de la actora. La inmediatez, en los términos que pretende la demandada en el recurso de apelación, cuando ha de practicarse alguna prueba con auxilio judicial, ha de llevarla a cabo el juez exhortado, no el exhortante.

Y debe reiterarse que no se ajusta a la realidad que la demandada interpusiera recurso de reposición contra la providencia de 15 de junio de 2004; lo que hizo fue efectuar alegaciones en escrito inadmitido por el Juzgado ya que no existía trámite alguno para las alegaciones pretendidas.

El recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 25 de junio de 2004 fue correctamente desestimado y a la fecha de la desestimación ya no podía realizarse la prueba testifical con el pliego de repreguntas, aportado para el supuesto de desestimarse el recurso y no practicarse el interrogatorio en el mismo tribunal, por un motivo solo imputable a la demandada, cual era, no haber aportado el mismo en el plazo de dos audiencias señalado por providencia de 15 de junio de 2004, no por la providencia de 25 del mismo mes y año que fue la recurrida.

La falta de traslado del escrito de impugnación del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 25 de junio de 2004 carece de efectos anulatorios; en su caso, solo daría lugar a tenerse por no evacuado el trámite.

De cualquier modo, aunque los testigos hubieran respondido afirmativamente a todas las repreguntas que pretendía formular la demandada obrantes al folio 520, habría de tenerse por cierto el contenido de las certificaciones y por averado el mismo (entrega del material a la demandada en la cantidad y calidad reflejada en los albaranes de entrega), ya que quienes pueden manifestar si los suministros se entregaron o no a la demandada -suministros cuya entrega ya constaba en los albaranes- son las personas que intervinieron en las entregas, entre ellas, proveedores y transportistas y la relación obvia que tienen con la actora (comercial) no impide tener por ciertas sus manifestaciones.

Por último, la prueba cuya práctica tacha de nula la demandada, no ha sido la prueba tenida en consideración por el juez de instancia para estimar acreditados los suministros, salvo los reflejados en la factura 373 (albarán 226.495/documento 4 de la demanda), ya que si bien se hace referencia al conjunto del material probatorio para concluir que las obligaciones y deudas reclamadas en la demanda están justificadas por el actor, como le correspondía en virtud del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, los razonamientos y pruebas concretas que llevan al juez de instancia a estimar acreditada la realidad de las entregas son las facturas y albaranes aportadas con la demanda y ampliaciones y su confrontación con las copias de albaranes aportados por la demandada, la prueba de interrogatorio de parte (legal representante de la demandada, don Miguel y de la actora, don Jesús Zamora González) y el testimonio del testigo don Eduardo, empleado de la demandada, y éste testigo prestó testimonio en el acto del juicio con intervención

de ambas partes y, obviamente, sin auxilio judicial. Es cierto que al referirse a las facturas 1.806 y 2.204 y sus albaranes, la sentencia menciona al testigo don Víctor , Jefe de Administración de la empresa actora, y este testigo no fue interrogado en el acto del juicio, pero ello es irrelevante porque en la sentencia de instancia se hace referencia a ese presunto testimonio junto al interrogatorio del representante legal de la actora y ello para exponer el modo de operar ésta comercialmente con los albaranes (expedición de cuatro albaranes en papel autocopiativo, quedando el de color rosa en poder del cliente a la recepción de la mercancía), no para estimar acreditada la entrega realizada por alguno de los proveedores o transportistas, y para sostener aquélla forma de operar es suficiente el interrogatorio del representante legal de la actora, por lo que si omitimos el presunto testimonio de don Víctor , la fundamentación que conduce al fallo permanece invariable.

TERCERO.- La cuestión relativa a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba puede suscitarse al comenzar el juicio (*artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento civil*), pero cuando esa vulneración ha podido ser denunciada en la audiencia previa el momento procesal preclusivo es ésta misma y no el acto del juicio; por ello, cualquier cuestión relativa a la admisión de la prueba documental y admisión y forma de practicar la prueba testifical no podía suscitarse en el acto del juicio; y, respecto de la práctica misma de la prueba testifical, como se deduce de todo lo expuesto anteriormente, ninguna vulneración de derechos fundamentales se había producido, por lo que la pretensión de suspensión del juicio por ese motivo fue correctamente rechazada por el juez de instancia.

No estamos de acuerdo con que se limite a priori el tiempo en el que las partes han de efectuar su informe y conclusiones pero esa limitación no se muestra causa de nulidad de actuaciones porque la demandada apelante ha podido en su recurso de apelación hacer cuantas alegaciones ha tenido por convenientes.

La sentencia de instancia fue dictada dentro del plazo conferido en la ley; el cumplimiento de la norma no puede provocar la nulidad de actuaciones.

CUARTO.- La nulidad de actuaciones articulada en el recurso de apelación por vulneración de normas del procedimiento y de los principios de inmediación, contradicción, igualdad de armas, asistencia, audiencia y defensa ha de ser denegada porque no existe la infracción ni ha causado indefensión, en el supuesto de poder entenderse existente la infracción -limitación del tiempo para formular conclusiones o falta de traslado de copia al procurador de la parte adversa del escrito de oposición al recurso de reposición-, a la demandada apelante.

QUINTO.- No es cierto, como ya hemos expuesto al resolver el primer motivo del recurso de apelación, que la sentencia de instancia haya tenido en cuenta como medio de acreditación, tanto de la entrega de mercancías como de la bondad de la obra ejecutada, "determinadas certificaciones aportadas por la actora en la audiencia previa", confeccionadas por el letrado de la actora para preconstituir prueba, y ratificadas por entidades y personas dependientes de la actora, como sostiene la demandada apelante. Ello solo ha sucedido en relación con los suministros reflejados en la factura 373 (albarán 226.495/documento 4 de la demanda). La entrega del resto de los suministros se estima justificada por el reconocimiento expreso de la demandada de las facturas e importes siguientes: 15.514 (albarán 225.264/5.850,92 euros), 15.766 (-455,03 euros), 374 (albarán 226.495/12.950,01 euros), 925 albarán 227.027/13.714,1 euros), 926 (albarán 227.301/8.176,53 euros), 1.353 (albaranes 228.460, 228.485 y 228.487/10.170,14 euros), 1.805 (albarán 228.799/13.954,30 euros), 927 (albaranes 227.366, 227.457 y 227.745/16.111,86 euros), 2.204 (albarán 229.864/523,95 euros y 1.354 (albarán 228.049/2.595, 26 euros), es decir, por importe de 83.592,04 euros; por el reconocimiento por el representante legal de la demandada en el acto del interrogatorio de las firmas obrantes en los albaranes: facturas número 15.514 (albarán 225.318/1.738,02 euros), 375 (albarán 226.782/6.387,75 euros) y 927 (albaranes 227.366, 227.457 y 227.745/7.657,41 euros); por la discordancia entre la contestación a la demanda y la contestación a las ampliaciones de demanda respecto de las mismas facturas y albaranes pues primero se niega la recepción de los materiales porque, se dice, las firmas que aparecen en los albaranes de entrega aportados con la demanda no se reconocen ya que no los firmó la demandada o personal autorizado y después se afirma esa recepción al sostenerse que "son precisamente las facturas 3.031 y 2.592, las que, como se comprueba en los conceptos que contienen, placas de hormigón, se refieren a materiales entregados con una calidad pésima que, salvo arreglos por parte del demandado, no podrán ser utilizados para su fin": facturas 2.592 (albaranes 97.974, 97.976, 97.993, 98.006, 98.007, 98.035, 98.044, 98.054, 98.065, 98.080, 98.098, 98.100, 98.106, 98.112, 98.122, 98.166, 98.176, 98.180, 98.183, 98.237 y 98.272/44.492,31 euros) y 3.031 (albaranes 98.241, 98.288, 98.323, 98.340, 98.373, 98.390, 98.391 y 98.467/15.710,65 euros); por la coincidencia de la firma que obra en los albaranes de color rosa (el que se queda el cliente según el sistema explicado por el representante legal de la actora y aceptado por la demandada como operativo en las relaciones comerciales entre las partes) aportados por la demandada (documentos 3 y 4 de la contestación) y la de los albaranes que integran las facturas 1.806 (albarán 97.697/documento 12 de la demanda/977,46 euros) y 2.204 (albaranes 229.610 y 229.611/documento 13 de la demanda/481,51 euros); por la coincidencia de las rúbricas obrantes en los albaranes del documento 16 de la demanda, sí reconocido por la parte adversa, y las de los

albaranes que integran las facturas 2.205 (albaranes 97.887 y 97.888/documento 14 de la demanda/4.351,66 euros) y 3.031 (albaranes 98.241, 98.288, 98.323, 98.340, 98.373, 98.390, 98.391 y 98.467/documento 17 de la demanda/15.710,65 euros).

La factura 2.206 tiene como importe 0, de modo que es indiferente que se reconozca o no la firma o entrega del contenido de los albaranes que la conforman.

Solo para estimar acreditada la entrega de los materiales a que se refiere el albarán 226.495 (documento 4 de la demanda), que da lugar a la factura 373 (2.652,33 euros) y que carece de firma o rúbrica alguna, toma en consideración la sentencia la certificación expedida por el Presidente de la mercantil Eusebio Calvo y Cía.

Los albaranes blanco (el que se devuelve firmado a la actora por el cliente) y rosa (el que se queda el cliente) pueden o no contener la firma original y la firma autocopiada coincidente de persona autorizada de la demandada porque, aún siendo papel autocopiativo, es evidente que si se separan ambos antes de la firma del albarán blanco, el rosa quedará sin rastro de dicha firma, la cual donde ha de constar como acreditación de la recepción de la mercancía es en el albarán blanco, que es el que se devuelve firmado por el cliente y donde efectivamente consta la firma del receptor, excepto en el albarán 226.495. En modo alguno la falta de firma en el albarán rosa significa falta de aceptación de la mercancía o su no entrega -menos aún la falta de firma en el amarillo que sirve de control a la actora y se envía al cliente junto con la factura una vez devuelto firmado el albarán blanco-. La entrega y aceptación queda acreditada con la firma o rúbrica del albarán blanco.

La demandada sí ha reconocido las rúbricas de los albaranes que integran la factura 2.592 (documentos 16 de la demanda y 16.1 a 16.28 de la misma), pues tras la inicial negativa de las firmas que constan en aquéllos (albaranes blancos), ha reconocido la entrega de los materiales a que se refieren los albaranes, si bien alegando que eran de pésima calidad.

Esta Sala comparte plenamente la valoración de la prueba y confrontación de firmas y rúbricas y albaranes efectuadas por la juez de instancia -ampliada en el escrito de oposición al recurso de apelación con argumentos precisos- y estima acreditada, sin necesidad de acudir a las certificaciones y prueba testifical improcedentemente impugnada por la demandada apelante, la entrega de todos los materiales y montaje en la obra de la última, excepto la de la factura 373, que se estima acreditada por la prueba impugnada; las certificaciones y prueba testifical únicamente reafirman la veracidad de la entrega de los materiales consignados en los albaranes, pero aquélla veracidad ya queda acreditada con el resto de la prueba practicada; ahora bien, como quiera que la prueba testifical ha sido correctamente practicada, nada impide acudir a su resultado con el fin de estimar acreditada la entrega del contenido del albarán 226.495 (factura 373/2.652,33 euros) y reafirmada la totalidad de las entregas reflejadas en todos los albaranes aportados con la demanda y deuda reclamada.

La alegación de haberse suministrado material deficiente es mera alegación ya que no consta protesta alguna por entrega de material defectuoso hasta la reclamación judicial; acreditada la entrega del material y montaje era la demandada quien debía justificar los defectos del material y no lo ha hecho. Lo mismo sucede con la alegación de haberse alterado los precios presupuestados por el hierro unilateralmente por la actora a mitad de la obra.

SEXTO.- El representante legal de la actora reconoció en el acto del juicio que existía aún material en el patio de su fábrica a disposición de la demandada pero este material no es reflejado en los albaranes de entrega, sino en la factura proforma acompañada con la demanda como documento número 29; dicho material, fabricado a instancia de la demandada, en el marco de las relaciones comerciales mantenidas, consistentes en venta de hierro para la forja y perfiles de hierro para la nave y arrendamiento de obra con suministro de material (placas de hormigón y su instalación en la construcción de la nave, en relación con el cerramiento, no con la estructura de la nave cuyo levantamiento no estaba a cargo de la actora sino de la demandada), se puso a disposición de dicha demandada y ésta no quiso recibirlo, por lo que ha de satisfacer su precio ya que no consta que pueda destinarse a otro cliente y su rechazo carece de justificación.

SÉPTIMO.- Discrepa la apelante de la conclusión a la que llega la sentencia de instancia cuando afirma que no puede entenderse acreditado el abandono injustificado de la obra, por parte de la actora, al haber manifestado el testigo don Eduardo (padre del representante legal de la demandada y encargado de la construcción de la nave) que los empleados de ésta faltaron a la misma más de un mes. Nuevamente ha de rechazarse el argumento de la apelante. La sentencia de instancia valora correctamente la prueba practicada (testimonio de don Eduardo y documentos aportados por la actora en la audiencia previa y ratificados en prueba testifical) y deduce que no existió el abandono porque los empleados de la actora solo se ausentaron de la obra del 13 al 27 de marzo de 2003 -testifical de don Eduardo - y estuvieron realizando operaciones de montaje dos empresas por cuenta de la actora del 26 de febrero al 14 de marzo de 2003 (Jomirsa Sociedad

Cooperativa Limitada) y del 3 al 14 de marzo (Grúas Hernández S.L.); la valoración de la prueba y conclusión es acertada y la demandada no ha acreditado que se viera obligada a acudir a otra empresa (ni siquiera dice a qué empresa) a mitad de la obra para concluirla por abandono unilateral de la actora; la facilidad probatoria era de la demandada ya que bastaba con aportar el presupuesto o las facturas satisfechas a esa hipotética empresa para concluir la obra, en la parte contratada con la actora -suministro de hierro y de placas de hormigón y montaje de las últimas para el cerramiento de la nave- y nada ha aportado.

OCTAVO.- La mala ejecución carece de prueba. La demandada aportó con la contestación a la demanda reportaje fotográfico de la nave y con la contestación a una de las ampliaciones de la demanda acta notarial sobre el estado de aquella y de las fotografías no se deduce deficiencia alguna; aparecen unos desconchones en el hormigón cuya relevancia en relación con la obra ejecutada (placas de hormigón y montaje de éstas) no consta y a simple vista, ya que no existe prueba pericial alguna, susceptibles de remate o reparación simple. Por otra parte, la actora aportó acta notarial de fecha posterior sobre el estado de la obra y ésta aparentemente se muestra acabada, con el cerramiento ejecutado, y la demandada no ha aportado prueba alguna que acredite de forma suficiente lo contrario. Si la demandada fue quien realizó las reparaciones, como sostiene en el recurso de apelación, venía obligada a aportar la prueba correspondiente por su proximidad con la fuente y no lo ha hecho.

NOVENO.- Por todo lo anterior, el recurso de apelación ha de ser desestimado e impuestas las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (*artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil*).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por De Forja Alfred And Nacho S.L., representada por el Procurador doña Celia Fernández Redondo, contra la sentencia dictada en fecha 23 de septiembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de los de Majadahonda (juicio ordinario 239/03) debemos confirmar como confirmamos dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del *art. 248.4 de la LOPJ* .

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

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaria para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.