



Roj: **SAP B 10473/2018 - ECLI:ES:APB:2018:10473**

Id Cendoj: **08019370172018100659**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **06/11/2018**

Nº de Recurso: **68/2018**

Nº de Resolución: **777/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA ELENA FERNANDEZ DE FRUTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158174113

Recurso de apelación 68/2018 -G

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 09 de Barcelona

Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB) 642/2015

Parte recurrente/Solicitante: Gervasio

Procurador/a: M^a Teresa Yagüe Gomez-Reino

Abogado/a: Josep Fortuny Tacias

Parte recurrida: Hilario

Procurador/a: Juan Gabriel Carretero Garcia

Abogado/a:

SENTENCIA N° 777/2018

Magistrada: Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 6 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de enero de 2018 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) 642/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 09 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a M^a Teresa Yagüe Gomez-Reino, en nombre y representación de Gervasio contra Sentencia de fecha 25/10/2015 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Juan Gabriel Carretero Garcia, en nombre y representación de Hilario .

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Juan Gabriel Carretero García en nombre y representación de D. Hilario contra D. Gervasio , y en su virtud condeno a D. Gervasio a pagar a D. Hilario



la cantidad de 5.923,88 €, más los intereses legales devengados desde el 2 de junio de 2015 y las costas causadas."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos y se señaló fecha para la celebración de la votación y fallo, que ha tenido lugar el día 31.10.18.

CUARTO.- En el presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se interpone por la representación de la parte actora contra la sentencia de 25 de octubre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n. 9 de Barcelona mediante la que se estimó la demanda interpuesta por la representación de Hilario contra Gervasio, y se condenó al demandado a abonar la cantidad de 5.923'88 euros más intereses legales devengados desde el 2 de junio de 2015.

La sentencia declara que el demandado ostenta legitimación pasiva porque de la prueba practicada resulta que fue él el que encargó la ejecución de la obra a la parte actora. Respecto a la alegación de que la factura emitida por el actor no cumple los requisitos formales se dice que en el procedimiento lo que debe determinarse es si existe o no el crédito reclamado por el actor. Finalmente, se concluye que el demandado no ha probado la realidad de los defectos en la obra ejecutada por el actor.

La parte demandada interpone recurso de apelación alegando que respecto a la falta de legitimación pasiva el órgano judicial desestima dicha excepción con fundamento en unos documentos cuya autenticidad fue impugnada, y sin valorar los documentos aportados por la parte demandada para acreditar que fue el hermano del demandado el que contrató los servicios de la parte actora. Asimismo se dice que el órgano judicial alega la aplicación del art. 326 LEC sin tener presente que corresponde a quien ha aportado un documento cuya autenticidad ha sido impugnada probar dicha autenticidad; que los documentos presentados no son originales lo que infringe el art. 268 LEC; que los documentos no fueron presentados junto con la demanda y por ello se infringen los art. 265 y 270 LEC. Respecto a la factura presentada por la actora se dice que también fue impugnada su autenticidad y que la misma no cumple los requisitos legales por lo que no acredita que el demandado deba la cantidad reclamada. En relación con los defectos existentes en la obra se dice que la propia parte actora reconoce los mismos, y que constan fotografías que prueban su existencia.

La parte actora se opuso al recurso de apelación alegando que el encargo fue efectuado por el demandado con independencia de quien fuese el propietario de la vivienda; que el hecho de que se presentase una factura sin IVA no obsta a que se pueda reclamar el pago de la prestación realizada; que la parte demandada ni había manifestado su queja por unas supuestas humedades, ni había acreditado que se hubiese tenido que rehacer el baño; que el órgano judicial de instancia no infringió el art. 326 LEC; que no es cierto que la Letrada de la parte actora reconociese la existencia de defectos; y que se ha presentado una factura proforma.

SEGUNDO.- La resolución del presente recurso de apelación requiere decidir si la parte demandada no ostenta legitimación pasiva, y si el órgano judicial de instancia ha infringido los art. 326 LEC, 268 LEC, y 265 LEC en relación con 270 LEC, al declarar dicha legitimación pasiva con fundamento en unos documentos cuya autenticidad fue impugnada, que no son originales, y que fueron presentados con posterioridad a la interposición de la demanda.

En segundo lugar deberá determinarse si la factura aportada por la parte actora no cumple los requisitos legales y por ello no puede fundamentar la pretensión de pago.

Finalmente, corresponderá pronunciarse respecto a si se ha probado la existencia de defectos en la ejecución de la obra que eximirían del pago de la cantidad reclamada.

TERCERO.- En primer lugar y a los efectos de centrar el objeto del procedimiento debe decirse que el mismo tuvo su origen en una petición de monitorio, acompañada de factura proforma, a la que se opuso el demandado alegando que negaba adeudar cantidad alguna y que consideraba falsos tantos los hechos como los fundamentos de la petición.

Habiéndose formulado oposición se acordó la continuación del procedimiento por los trámites del juicio verbal y se convocó a las partes a la celebración de la correspondiente vista.

En el acto de la vista la parte actora manifestó que se realizaron trabajos de reforma parcial del piso, detallados en el presupuesto acompañado como documento n.4, y que se habían pagado 5.000 euros del total presupuestado. También se dijo que a fines de agosto de 2014 el demandado dijo que las obras estaban mal ejecutadas y se tenían que rehacer, concretando a través de **whatsapp** unos supuestos defectos; que el actor dijo que no se trataba de defectos a él imputables pero que para intentar cobrar se comprometía a arreglarlos,



aunque no se le permitió la entrada para reparar los mismos. La parte actora alegó que en todo caso los supuestos defectos no serían de la entidad suficiente como para eximir del pago de la cantidad reclamada.

La parte demandada se opuso a las alegaciones realizadas por la parte actora; alegó falta de legitimación pasiva por cuanto las obras se realizaron en la vivienda del hermano del demandado; que la factura no cumplía los requisitos establecidos en el art. 97 de la ley del IVA; que se realizaron obras en los lavabos con defectos consistentes en pared torcida y aparición de humedades, que el cuadro eléctrico no estaba bien acabado, y que la calefacción también adolecía de deficiencias en la instalación por obstrucción; que se tuvo que contratar a un nuevo operario para que reparase los defectos.

La parte actora aportó presupuesto de ejecución de obra; correos electrónicos enviados entre el actor y el demandado; facturas de adquisición de materiales; transcripción de mensajes de **whatsapp**; y fotografías.

La parte demandada aportó escritura de compraventa de la que resulta que el propietario de la vivienda en que se realizaron las obras es el Sr. Silvio, hermano del demandado; facturas y presupuestos a nombre del hermano del demandado en que consta como domicilio aquel en que se realizaron las obras por el actor; y unas fotografías.

CUARTO.- Una vez expuesto el *iter* del procedimiento procede entrar a examinar la falta de legitimación pasiva alegada por la parte demandada.

Por lo que se refiere a la infracción del art. 326 LEC alegada por la parte recurrente resulta que habiendo impugnado la parte demandada la autenticidad de los documentos aportados por la parte actora, correspondía a esta la proposición de prueba para acreditar su autenticidad, conforme establece el referido art. 326 LEC al decir que: "1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el **cotejo** pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

Si del **cotejo** o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica."

Es cierto que la parte actora no propuso prueba dirigida a acreditar la autenticidad de los documentos presentados pero ello no es óbice para que el órgano judicial pudiese valorar los mismos conforme a las reglas de la sana crítica.

Por lo que se refiere a la infracción del art. 268 LEC resulta que dicho precepto dispone que "1. Los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente.

2. Si la parte sólo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquella con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

3. En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 265."

En el presente supuesto tanto la factura proforma como el presupuesto son documentos originales confeccionados por el actor. Sin embargo, respecto a los correos electrónicos y las conversaciones de **whatsapp**, no se puede afirmar que se trate de documentos originales.

Así respecto a los correos electrónicos se presenta la impresión de unos supuestos correos electrónicos intercambiados entre las partes respecto a los que no se ha probado su autenticidad, desconociéndose, como elementos más relevantes, la dirección IP desde la que fueron enviados y si lo reproducido se corresponde con la integridad del contenido de los mensajes.

Respecto a los mensajes de **whatsapp** resulta que la parte actora aporta un documento que dice que es transcripción de mensajes de **whatsapp** enviados entre las partes, pero ni se han aportado pantallazos, ni se ha cotejado que los mismos fueran enviados desde los terminales del actor y del demandado, ni que la transcripción se corresponda a la conversación completa supuestamente mantenida entre las partes. En este sentido no puede obviarse que el Tribunal Supremo, Sala Penal, en la sentencia de 19 de mayo de 2015, declara



que la impugnación de las conversaciones desplaza la carga de la prueba hacía quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria, debiendo acreditarse el origen real de la conversación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido de la conversación.

Por último, en relación con la infracción de los art. 265 LEC y 270 LEC resulta que el presente procedimiento deriva de un procedimiento monitorio en que la parte demandada se opuso de forma genérica alegando que negaba adeudar cantidad alguna y que consideraba falsos tantos los hechos como los fundamentos de la petición. Ante dicha oposición se convocó a las partes a la celebración de la vista correspondiente al juicio verbal y la parte actora aportó la prueba documental en la que fundamentaba su pretensión, debiendo reconocer la admisibilidad de dicha prueba puesto que junto a la petición de monitorio exclusivamente debía aportar los documentos a que se refiere el art. 812 LEC y es sólo cuando el demandado se opone a la reclamación cuando cobra sentido la presentación de aquellos otros documentos en que la parte actora funde su pretensión.

En el acto del juicio declaró un testigo propuesto por la parte actora que manifestó que colaboraba puntualmente con el actor en la ejecución de trabajos y que intervino en los trabajos de remodelación en la finca de la C/ DIRECCION000 de Barcelona.

También intervino como testigo el hermano del demandado que dijo que conoció al actor a través de su hermano; que las obras a realizar eran en su casa; que él contactó con el actor para que realizase las obras en su casa; que él acordó con el actor que compraría el material y que aquel ejecutaría las obras; que él supervisaba las obras; que daba instrucciones al actor respecto a detalles; y que el primer presupuesto fue modificado porque se encargaron a otros industriales trabajos que en principio se encargaron al actor.

De la valoración conjunta de la prueba propuesta, admitida y practicada, teniendo presente la impugnación de la autenticidad de los documentos en que la parte actora fundamenta la legitimación pasiva del demandado; la ausencia de prueba dirigida a acreditar la autenticidad de dichos documentos, máxime teniendo presente que los correos electrónicos son fácilmente manipulables, y que respecto a las conversaciones de **whatsapp** no se aportó ni siquiera copia de los pantallazos desde el terminal del actor relativos a dichas conversaciones, resultan las siguientes consideraciones.

La prueba de la parte actora respecto a que el demandado fue la persona que contrató sus servicios se sustenta en un presupuesto y una factura proforma elaborados unilateralmente por el actor, en los que no consta la firma de conformidad del demandado; y en unos correos electrónicos y unas conversaciones de **whatsapp** cuya autenticidad no ha sido probada, sin que resulten otros elementos de prueba que permitan corroborar que fue el demandado la persona que asumió la obligación de pago frente al actor.

Por el contrario resulta probado que la finca en que se ejecutaron las obras es propiedad del hermano del demandado; que este ha aportado facturas correspondientes a la adquisición de materiales para su colocación en baño; y que el hermano del demandado admitió en el acto del juicio haber contratado los servicios del actor y haber acordado con él el presupuesto de ejecución de obra.

Por último, debe decirse que la parte actora reclama la cantidad de 5.923'88 euros puesto que dice que el demandado le abonó la cantidad de 5.000 euros del total presupuestado. Sin embargo, ninguna prueba se ha practicado en orden a acreditar que fue efectivamente el demandado la persona que abonó la cantidad de 5.000 euros, lo que podría constituir prueba de que la relación contractual se hubiese celebrado entre actor y demandado.

En consecuencia, no existiendo prueba de que el presupuesto de ejecución de obra fuera consensuado entre actor y demandado, ni de que este hubiese pagado parte de la obra ejecutada; y dado que la finca en que se ejecutaron las obras es propiedad del hermano del demandado y este reconoció haber contratado los servicios del actor, debe concluirse que corresponde estimar la falta de legitimación pasiva del demandado y por ello procede estimar el recurso de apelación y desestimar la demanda de instancia, sin perjuicio del derecho de la parte actora de accionar contra quien ostente la debida legitimación pasiva.

QUINTO.- La estimación del recurso de apelación comporta, conforme al art. 398.2 LEC, la no imposición de costas.

La desestimación de la demanda motiva, de acuerdo con el art. 394.1 LEC, la imposición de costas a la parte actora.

FALLO

SE ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación planteado por la representación de la parte demandada contra la sentencia de 25 de octubre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n. 9 de Barcelona, **REVOCAR**



dicha resolución, **DESESTIMAR** la demanda formulada contra Gervasio , y **ABSOLVER** a dicho demandado de cuantas pretensiones se dedujeron en su contra, con imposición de costas a la parte actora.

Sin imposición de costas en esta alzada.

Reintégrese a la parte recurrente el depósito constituido, devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia y archivar el presente procedimiento.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada