

EDJ 2005/297541

Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, S 30-12-2005, nº 889/2005, rec. 76/2004

Pte: Ruiz de Gordejuela López, Lourdes

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
Requisitos
Incumplimiento de obligación contractual
Indemnización de daños y perjuicios

DERECHO MARÍTIMO
CONTRATOS
Fletamento

FICHA TÉCNICA

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgado de Primera Instancia número nueve de Madrid, con fecha veintitrés de julio de dos mil tres, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Entidad Marinter S.A. contra la mercantil Pendulum Shipping Inc. debo declarar y declaro que la demandada adeuda a la actora la suma de 56.000,66 US\$ dólares o su contravalor en euros en concepto de principal, condenada a la demandada al pago de la referida cantidad más los intereses legales de la misma desde la fecha de admisión a trámite de la demanda hasta la fecha en que su pago tenga lugar, con expresa imposición de costas a la demandada .

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, contra la misma, previa su preparación en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada presentando la representación procesal de la actora escrito de oposición al evacuar el traslado conferido conforme a lo dispuesto en el artículo 461.1 LEC , y turnándose los autos a esta Sección para resolver el recurso. La representación procesal de la parte apelante solicitó al amparo de lo establecido en el artículo 460.2.2º LEC , la aportación del la copia del auto y de la demanda de embargo preventivo tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva, petición que le fue denegada por el auto de ocho de marzo de dos mil cuatro , resolución a la que se aquietó la parte que pidió la incorporación de los documentos al no presentar contra la misma recurso de reposición.

TERCERO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública se señaló la deliberación, votación y fallo del recurso una vez que le hubo correspondido entre los de su clase y ponencia.

CUARTO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para sentencia por la acumulación de acciones.

Visto, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª LOURDES RUIZ GORDEJUELA LOPEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no sean contradichos o modificados por los que a continuación se exponen.

PRIMERO.- En la demanda que inició el procedimiento de que esta apelación dimana, la actora MARINTER S.A. reclama a la mercantil PENDULUM SHIPPING INC, la suma de 56.000,66 US\$ que se corresponde con los gastos generados por la estadia del buque GOLDEN KEY, del que expresada demandada es armadora, en los puertos cubanos de MARIEL y NUEVITAS, sustentando la reclamación en su condición de garante y acreedora de los aludidos gastos a cuyo pago se había obligado la demandada, tal y como

lo constata en el Fundamento de derecho IV de la demanda (folio 20). Con la demanda acompañó las facturas acreditativas de los repetidos gastos emitidas por las diferentes empresas a cuyo favor se devengaron (folios 43 a 162), y, además, la elaborada por ella frente a la demandada recogiendo los conceptos y cantidades a los que aquellas obedecían, y así resulta del documento 47 (folios 163 y 164). La reclamación se asienta en el contrato de fletamento suscrito el 2 de febrero de 2002 entre QUIMIMPORT como fletadora y PENDULUM SHIPPING INC como armadora del buque GOLDEN KEY en la que se contenía la siguiente cláusula «El ARMADOR, la entidad Pendulum Shipping Inc., confirma y garantiza de forma irrevocable que liquidará todas las deudas pendientes relacionadas con Cuba, consistentes en las cuentas de gastos en puertos cubanos, depósitos de combustible, alquiler de grúa de tierra y gastos de Agente Protector, autorizando por la presente al fletador, la entidad Quimimport, La Habana, a deducir las cantidades correspondientes, y debidamente justificadas mediante resguardos originales, del pago del flete correspondiente al primer viaje de esta operación. En su virtud, QUIMIMPORT/ Marinter S.A. prestarán un aval a la entidad MAMBISA para permitir la salida del buque cuando finalice la descarga en Nuevitas, el próximo martes 5 de febrero de 2002», lo que se sigue del documento unido al folio 181 de los autos. Los gastos que se reclaman se generaron por consecuencia del contrato de fletamento por tiempo que suscribieron en París el 11 de enero de 2002, FIRST VENTURE SHIPPING LTD., armadores del buque motor GOLDEN KEY con BREAK BULK SHIPPING (en adelante BBS) Fletadores, cuyo documento aparece unido a los folios 394 a 415 de las actuaciones.

La demanda niega la legitimación de la actora aduciendo que como se presenta como mero garante frente a MAMBISA, carece de la acción de repetición que ejercita porque no acredita ni la garantía, ni el pago en su cumplimiento, ni un pronunciamiento judicial que le condene a abonar a MAMBISA la cantidad que le reclama. Arranca del contrato de fletamento por tiempo suscrita en París el 11 de enero de 2002 entre el armador del buque y BBS, y hace hincapié en la nota que caracteriza a la expresada póliza, señalando que conforme a su estipulación segunda los gastos que se reclaman son responsabilidad del fletador BBS quien, en su condición de fletador, armador-disponente, contrató tres viajes entre Canadá y Cuba con QUIMIMPORT para transportar muriato potásico. Tras exponer las vicisitudes y quiebra económica de la fletadora BBS y la conducta de quien había designado como Agente Protector ante los puertos de Cuba -la mercantil demandante-, y advirtiendo que no discute ni duda de la veracidad de las facturas reclamadas (así lo hace constar en el relato del hecho primero de la contestación a la demanda al folio 290), niega que tenga ninguna responsabilidad en su pago alegando, por vía de excepción, que el contrato de fletamento de 2 de febrero de 2002 adolece de nulidad radical porque está viciado en su consentimiento, pues dice que PENDULUM SHIPPING INC lo prestó con intimidación bajo la amenaza de no permitir al buque salir de territorio cubano si no se aceptaban o asumían las deudas del tercero. La demandada concluye solicitando que se le absuelva de los pedimentos de la actora.

La sentencia dictada en la primera instancia con el fallo que hemos reproducido en el antecedente de hecho primero de ésta, la apela la representación procesal de la mercantil demandada que aduce, en esencia, los siguientes motivos:

1.- Reproduce la falta de legitimación de la actora que sustenta en los mismos argumentos aducidos en el escrito de contestación a la demanda, esto es porque si en la demanda se presenta como garante de unas presuntas deudas y no como acreedora de las mismas por la subrogación derivada de haber realizado el pago, carece de la acción de repetición que ejercita. Advierte que la juzgadora de instancia la resuelve en la audiencia previa y en la sentencia, y, aunque considera procesalmente correcta la resolución en la sentencia por tratarse de la legitimación "ad causam", resalta que es contradictorio porque la tan repetida excepción ya se había resuelto en la audiencia previa. Después de relatar las posturas que las defensas de las partes mantuvieron en la audiencia previa en orden a la legitimación de la actora, y en desarrollo de este motivo de impugnación, argumenta que la sentencia se equivoca al desestimar la excepción y vulnera, por inaplicación, la doctrina de los actos propios ya que a la mencionada actora, al presentarse en la demanda como garante y no como acreedora, le está vedado hacer un cambio en la titularidad de su derecho, o lo que es igual, mudar su legitimación trasladando su condición de garante a la de acreedor mediante la aportación extemporánea de documentos anteriores. Afirma, que en el procedimiento de embargo preventivo que se sustanció en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva no pudo oponerse a la legitimación de la actora porque para la adopción de la medida basta con la alegación del crédito reclamado y la causa que lo motive, sin perjuicio, añade, que en la demanda que lo inició la demandante afirmaba haber realizado desembolsos por cuenta de mi representada en su calidad de agente consignatario; en definitiva, argumenta que como la actora en este proceso ha venido sustentando su legitimación en distintos títulos, está clara la razón por la que no se pudo oponer a la misma en el embargo preventivo y también porqué no hizo reserva alguna sobre ella cuando notarialmente formalizó la sumisión al procedimiento principal a los juzgados de Madrid. Agrega, que la simple emisión de una factura no otorga legitimación ad causam cuando, como sucede en el caso, quien la emite no es prestatario de ningún servicio sino garante frente a terceros de unas presuntas obligaciones asumidas por su principal y, por tanto, no estaría autorizado a emitir factura contra su representada hasta que no abanara las cantidades garantizadas. Añade, que el documento 47 consta de dos hojas la primera es la factura girada a su principal el 30 de abril de 2002 y la segunda es otra factura de idéntico importe y fechada el día anterior -el día 29- girada a la entidad Break Bulk Shipping Ltd que es la fletadora del buque y deudora de las cantidades que se reclaman. Por último, señala que los 4 documentos presentados en la audiencia previa son simples fotocopias de cheques nominativos que no pueden ser tenidos en cuenta porque se presentaron extemporáneamente y, en cualquier caso, que no prueban pagos realizados por la actora al estar emitidos por terceros ajenos al procedimiento y, además, que solo los dos primeros se libran a favor de MAMBISA y los numerados como 3 y 4 a favor de entidades que no aparecen en la demanda como acreedores.

2.- Infracción del artículo 24.1 24.2 CE y falta de resolución de la cuestión de vulneración de la tutela judicial efectiva planteada en el escrito de 1 de julio de 2003 y, como cuestión previa, en el acto del juicio según los artículos 287.1 y 433.1 LEC . En desarrollo de este motivo aduce, que es perjudicial para su representada que la juzgadora haya tenido en cuenta para la concreción de los hechos probados en la sentencia documentos impugnados, los cheques, y unas pruebas erróneas y confusamente practicadas en las que en su práctica y admisión se han visto vulnerados los artículos 268.2, 299.1.6º y 299.3 LEC .

Alega, que la actora pidió como prueba documental una batería de requerimientos a empresas con la finalidad de que se pronunciasen sobre unos cheques presentados en la audiencia previa, y, dice, que se encuentra con que esta prueba es admitida y se practica como prueba documental, de manera que la demandante expone ante el juzgado las preguntas que quiere que se realicen a estas empresas y se admite como prueba documental; siendo a partir de dicho momento cuando se suceden las vulneraciones del derecho de defensa porque: fue admitida como prueba documental sin haberle dado traslado a su parte para hacer preguntas; se diligencia en forma de oficio por la propia parte vulnerando los artículos 149.6º y 167.1º ya que los oficios son, supuestamente, remitidos por la actora a supuestas empresas particulares y se benefician de un elemento de comunicación ideado solo para autoridades no judiciales o funcionarios nacionales. Insiste que la prueba se admitió como documental cuando encubre un interrogatorio de testigos por lo que en su práctica se ha vulnerado el principio de contradicción que rige ésta última. Todo ello, a juicio de la apelante, le produce indefensión que, en definitiva, reside en la forma de dar por válidos hechos probados recabados de manera irregular.

Por todo ello solicita que se dicte sentencia por la que, previa revocación de la apelada, se absuelva a su representada de las pretensiones de la actora.

La oposición al recurso la llevó a cabo la representación procesal de la parte actora que solicitó la confirmación de la sentencia combatiendo las alegaciones de contrario en los términos contenidos en el expresado escrito de oposición.

SEGUNDO.- Por razón de método debemos comenzar resolviendo los motivos impugnatorios que afectan a cuestiones procesales.

En relación con la excepción de falta de legitimación de la actora y la alegación de lo contradictorio de haberse resuelto en la audiencia previa y en la sentencia, cabe hacer las siguientes consideraciones.

El artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los defectos en la capacidad o en la representación, cuestiones subsanables y corregibles en la audiencia previa que no tienen nada que ver con la relación jurídico-material o sustantiva, para cuya sustanciación y resolución deberá entrarse en la valoración sobre el fondo de la cuestión debatida. Esta excepción, no es una excepción procesal, naturaleza de la que si participan la capacidad para ser parte o personalidad procesal, que es la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil y la capacidad procesal, también llamada capacidad para comparecer en juicio, o aptitud para realizar actos válidos en el proceso, pero no la legitimación o relación de las partes con el objeto del proceso. Las dos primeras, constituyen un presupuesto de la validez del proceso o de los actos procesales, mientras que la legitimación es un presupuesto de la acción o de la estimación de la demanda, o lo que es igual, lo relacionado con la legitimación no plantea un tema de forma sino de fondo con el que se confunde y, por lo mismo, debe decidirse en la sentencia y tiene su traducción en la estimación o desestimación de la demanda.

En el presente caso, es cierto que la excepción lo que plantea es la falta de acción y, por tanto, configura la falta de legitimación ad causam no ad procesum, sin embargo, fue resuelta en la audiencia previa como si de una excepción de esta última naturaleza se tratara, cuestión que no ha provocado ninguna indefensión a las partes porque la sentencia la decide atendiendo a su verdadera naturaleza y después de examinar las pruebas practicadas, concluyendo que sí existe esa relación de la actora con el objeto material del proceso. Cuestión distinta, que luego examinaremos, es si la juzgadora en la instancia ha llegado a esa conclusión tras una correcta valoración de la prueba practicada en las actuaciones e, incluso, si ha debido o no tener en cuenta determinados documentos.

TERCERO.- En cuanto a la aportación de documentos en la audiencia previa cabe decir lo siguiente. El artículo 265.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil refiere los documentos que han de acompañarse a toda demanda, a su vez, el párrafo 3º del mismo artículo autoriza al actor a presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda; precepto en que se incardina claramente la hipótesis acaecida, ya que la demandada adujo la excepción de falta de legitimación de la actora con el argumento de que en la demanda se presentaba solo como garante y no como acreedora por haber abonado a la empresa afianzada la suma reclamada, de manera que la actividad probatoria producida con la presentación de los cheques se encaminó a desvirtuar tal alegato cuando, de un lado, y al fundamentar su legitimación, ya decía que lo estaba como «entidad garante y acreedora de las deudas a cuyo pago se había obligado la entidad Pendulum» (folio 20) y, de otro, con la demanda presentó las facturas originales emitidas por las empresas a cuyo favor se habían devengado de los gastos reclamados, facturas que no solo no se impugnaron sino que no fueron cuestionada en su veracidad tal y como se recoge en el relato del hecho primero al folio 290 de los autos, así como la por ella emitida recogiendo todos los conceptos y cantidades que figuraban en las mencionadas facturas originales representativas de los gastos, todo ello como sustento de su derecho. En definitiva, sigue siendo aplicable la doctrina legal imperante bajo el régimen establecido en la LEC de 1881, en cuya virtud los documentos comprendidos en el artículo 504, como de aportación inicial, son los que generan la causa petendi invocada, es decir, los verdaderamente fundamentales, pero quedan al margen de esta exigencia de aportación los carentes de dicha finalidad inmediata que se dirigen a desvirtuar la oposición del adversario. La jurisprudencia ha venido distinguiendo entre documentos básicos de la pretensión, que fundamentan la causa de pedir, y aquellos otros complementarios, accesorios o auxiliares, encaminados a integrar el proceso probatorio o a combatir las alegaciones efectuadas de contrario, siendo solo a los primeros aplicable el criterio rigorista de los artículos 504 y 506; sentir jurisprudencial que sigue siendo válido tras la reforma de la Ley Procesal Civil. Además la interpretación comparativa de los artículos 265-1-1º de la LEC vigente y 504-1º de la LEC de 1881 trasluce una clara identidad teleológica y de afinidad de dicción.

En conclusión, según resulta de la grabación del CD nada debe reprocharse a la juzgadora de instancia por haber admitido en la audiencia previa la prueba documental consistente en la aportación de los cuatro cheques unidos a los folios 360 a 363. Entendemos adecuada a derecho la decisión del Juzgado habida cuenta que los documentos cuestionados vienen al proceso en la audiencia previa porque se refieren al fondo del asunto y su interés se puso de manifiesto, insistimos, por la cuestión suscitada en orden a la legitimación en el escrito de contestación a la demanda.

Es cierto que los expresados documentos se impugnaron por haberse presentado en fotocopia, pero no por ello se vulnera el artículo 268.2 LEC como afirma la representación de la apelante. En efecto, el 25 de abril de 2003 la representación de la parte actora presentó un escrito solicitando la admisión de las copias más legibles de los aludidos cheques (folio 377), cuando en realidad se presentaban los documentos en sus originales como se deduce de los unidos a los folios 378 a 381, ambos inclusive. El juzgado dictó providencia el 29 de abril de 2003 (folio 387), teniendo por aportados los repetidos documentos y notificada dicha providencia a la representación procesal de la demandada (folio 389), lo cierto es que no interpuso contra la misma recurso de reposición, ni formuló ninguna alegación contraria a la incorporación acordada, de manera que, insistimos, no se ha infringido el artículo 268.2 LEC debiendo estarse a lo dispuesto en el artículo 334 del mismo texto legal en cuanto a su valor probatorio.

CUARTO.- Por último, la decisión sobre la alegada infracción del artículo 24.1 24.2 CE y falta de resolución de la cuestión de vulneración de la tutela judicial efectiva planteada en el escrito de 1 de julio de 2003 y, como cuestión previa, en el acto del juicio según los artículos 287.1 y 433.1 LEC pasa necesariamente por tener en cuenta lo sucedido en la audiencia previa a partir del minuto 10:57, por examinar el contenido del escrito de 1 de julio de 2003 con fecha de presentación del día 2 y el concepto de prueba ilícita al que se refiere el artículo 287.1 en relación con el 433.1 LEC .

En la audiencia previa, decimos, a partir del 10:57, la defensa de la demandante solicitó la aportación de nota con los medios de prueba que proponía teniendo en cuenta lo extenso de la prueba documental, manifestando la juzgadora que, sin perjuicio de dicha aportación, la proposición de prueba debía quedar grabada y por tanto debía dar lectura a la misma. La mencionada defensa después de hacer entrega de la nota escrita a la Juzgadora (unida a los folios 364 a 368) y a la parte demandada, procedió a su lectura hasta el minuto 16:02. A continuación, propuso prueba la parte demandada y seguidamente la Juzgadora (a partir del minuto 18:28) y en relación con la prueba propuesta por la actora, dio por reproducida la documental acompañada con la demanda, acordó librar el exhorto al Juzgado de Huelva a los fines solicitados y respecto a las otras documentales dijo que se iba a declarar la pertinencia de todas ellas y se adjuntarían a los oficios copias de los documentos de la demanda y los cheques y, en ese momento, preguntó a la parte actora sobre la forma más rápida de cumplimentar los oficios puesto que no se necesitaba traducción ya que todos ellos debían dirigirse a Cuba. La mencionada parte actora manifestó que no tenía ningún inconveniente en diligenciarlos y la Juzgadora mostró su conformidad y así lo acordó, librando los oficios a MAMBISA, a la Empresa Servicios Portuarios de Mariel, a la Empresa Servicios Portuarios del Centro Este y a Quimimport (folios 369 a 374). La parte demandada no hizo ninguna manifestación en contra de la admisión de mencionada prueba como documental, ni ninguna objeción sobre la forma en que se había acordado su práctica, mostrando así su más absoluta conformidad tanto sobre la admisión de la prueba como sobre la forma en que había de practicarse.

Es cierto que por su contenido, se solicitaba que las empresas a quienes había que dirigir los oficios respondieran a determinadas preguntas, más se podía decir que estábamos en presencia de una prueba testifical a practicar en la forma prevista en el artículo 381, respuestas escritas a cargo de personas jurídicas, pero, no es menos cierto, que la parte demandada que no hizo ninguna objeción a su admisión como prueba documental, tampoco alegó nada y, en concreto, no manifestó si deseaba que se adiccionaran otros extremos a la petición de declaración escrita o se rectificasen o complementasen los expresados por la parte proponente de la prueba, cuando tenía en su poder una copia del escrito o nota de proposición de prueba mientras le daba lectura la defensa de la actora.

Mediante escrito presentado el 13 de junio de 2003 (folio 421), la representación procesal de la demandante solicitó la incorporación a los autos de los documentos o comunicaciones por las que las empresas a las que se habían dirigido los oficios daban respuesta a los mismos, en concreto, las de la Empresa Consignataria Mambisa, la Empresa de Servicios Portuarios de Mariel, la Empresa de Servicios Portuarios del Centro Este y Quimimport. Estas comunicaciones están unidas a los folios 422 a 427 de los autos. El 23 de junio de 2003 el Juzgado dictó providencia uniendo los documentos a los autos y dando traslado a las partes para que manifestaran lo que a su derecho conviniera (folio 429).

El 2 de julio de 2003 (folios 440 a 443), la representación de la demandada evacuando el traslado conferido por la providencia de 23 de junio de 2003, presentó el escrito unido a los folios 440 a 443 de las actuaciones por el que impugnaba el resultado de los escritos unidos a los folios 422 a 427 por carecer de valor probatorio y ser discutible su veracidad por lo siguientes motivos: 1) se desconoce si las personas que los emiten y firman son quienes dicen ser y mucho menos se acredita su representación y capacidad. 2) Se ha prescindido del principio de contradicción al haberse practicado sin las garantías establecidas en el artículo 289 LEC . 3) Se ha producido error en la forma del acto de comunicación porque las empresas mencionadas y la actora no se pueden beneficiar en perjuicio de terceros, del beneficio del artículo 149.6º LEC, vulnerándose, también, el artículo 167.1º del mismo texto legal . 4) Que la prueba se debió cumplimentar a través del trámite establecido pro el artículo 177. 5) Que el medio de prueba que más se asemeja al propuesto es el de interrogatorio de testigos, y, en este caso, es contradictorio practicar una prueba que se encuadra en el interrogatorio de testigos como documental por ello, considera que en la admisión de la prueba se ha vulnerado el artículo 299.1.6º. Añade, que si bien el artículo 299.3 autoriza otros medios de pruebas distintos, esto solo sucede en el caso de que las pruebas a practicar no encuadren dentro de las ya preestablecidas que es lo acontecido en el supuesto enjuiciado en que la prueba propuesta está prevista en la Ley como interrogatorio de testigos. 6) Que la prueba establecida en el artículo 268 como prueba documental no comprende las declaraciones de las empresas a las que se han enviado los oficios pudiendo tratarse la presente de una documental preconstituida, ya que se pueden conocer las respuestas con anterioridad. El escrito referenciado termina con la siguiente suplica «tenga por presentado este documento así como sus copias y por realizadas las manifestaciones en él contenidas acerca del resultado de los escritos remitidos por la representación de la parte actora, sobre los cuales se impugna plenamente su contenido desde este preciso momento, y se invoca la vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en el resultado de la práctica de la prueba pretendida y la consiguiente indefensión». El 10 de julio de 2003, fecha de la celebración del juicio, se dictó providencia teniendo por hechas las manifestaciones y posponiendo su valoración a la sentencia.

En el acto del juicio, la defensa de la demandada y apelante adujo, como cuestión previa, y según los artículos 287.1 y 433.1 LEC que no se le había dado respuesta a la vulneración de la tutela judicial efectiva que planteó en su escrito de 1 de julio de 2003 presentado el día 2 del mismo mes y año. La juzgadora decidió que el contenido del expresado escrito sería objeto de valoración en la sentencia.

En nuestro ordenamiento procesal es clásica la distinción entre pruebas ilícitas o prohibidas -obtenidas con infracción de los derechos fundamentales a la que se refiere el artículo 11.1 LOPJ y ahora el artículo 287 LEC, y las pruebas simplemente irregulares que son aquellas que se han obtenido vulnerando normas procesales y que no tienen otro efecto que el que disponga la norma especialmente infringida, sin que se pueda predicar una consecuencia general de inadmisión o inutilidad.

Las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales tienen una sanción absoluta que se contiene en el artículo 11.1 LOPJ y consiste en su inutilidad, en la imposibilidad de ser tenidas en cuenta para el fallo. Este aserto no se cuestiona por el artículo 287 LEC que no aborda ni el concepto, ni el contenido, ni las consecuencias derivadas de la admisión de una prueba ilícita por lo que para estos efectos habrá de acudirse a la norma general del mencionado artículo 11.1 LOPJ. Tampoco debe perderse de vista que la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud de una prueba nunca lo es con vulneración del artículo 24 CE sino de cada uno de los derechos afectados.

Dicho lo que antecede, el artículo 287 LEC habilita un trámite que sirve para poner en evidencia la existencia de una prueba en el proceso civil que se pueda calificar de ilícita. Dicho trámite consiste en la denuncia de la ilicitud de forma inmediata y una vez que la prueba se ha admitido, pero con anterioridad a su práctica; la denuncia debe hacerse de forma escrita y se dará traslado al resto de las partes para que tomen conocimiento de la misma y preparen sus alegaciones así como las pruebas que se consideren útiles o pertinentes al objeto de oponerse a ella; la discusión se remite al acto del juicio antes de que comience la práctica de la prueba; el incidente, una vez llevada a efecto la discusión entre las partes y practicada en su caso la prueba propuesta sobre el extremo de la ilicitud, se resolverá de forma oral de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 210.1 LEC y dado que el artículo 287 no contempla la posibilidad de postergarla, pues se debe pronunciar de manera inmediata ya que su resultado dará lugar a que la prueba no sea practicada. Contra esta resolución, sea cual fuere su contenido, cabe recurso de reposición que se sustanciará y decidirá en el mismo acto, quedando a salvo el derecho de las partes para reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia.

En el caso enjuiciado la parte apelante no alegó de inmediato la ilicitud de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales o, lo que es igual, no denunció la ilicitud de la prueba en tiempo hábil para hacerlo, esto es, después de haberse admitido y antes de practicarla. El contenido del escrito que presentó el 2 de julio de 2003 se dirige a denunciar la vulneración del artículo 24 CE por lo que considera pruebas simplemente irregulares que se han obtenido vulnerando normas procesales y no debemos olvidar que la infracción de derechos fundamentales que ocasiona la ilicitud de una prueba nunca lo es con vulneración del artículo 24 CE sino de cada uno de los derechos afectados. Por tanto la denuncia del expresado escrito no configura la prevista en el artículo 287.1 LEC, ni, por ende, provoca el trámite que regula y cuya discusión se remite en el proceso ordinario para el inicio del juicio con la decisión inmediata antes de que comience la práctica de las pruebas, en consecuencia, la juzgadora de instancia no ha omitido ningún trámite procesal, ni ninguna resolución, antes al contrario, ha resuelto correctamente posponiendo la valoración de las alegaciones hechas en el escrito tantas veces citado de 2 de julio de 2003 (folios 440 a 443) a la sentencia, porque, insistimos, no configura una impugnación que de lugar al trámite del artículo 287.1 LEC y a su resolución en el juicio de acuerdo con el artículo 433.1 del mismo texto legal. En definitiva, en tan mencionado escrito se está impugnando el resultado de la prueba ya practicada en la forma acordada en la audiencia previa, sin ninguna manifestación contraria ni objeción por parte de la defensa de la parte apelante, tal y como lo hemos expuesto en los párrafos segundo y tercero de este fundamento de derecho al transcribir el resultado de su desarrollo que resulta del visionado del CD que la documenta.

No cabe hablar, por tanto, de ilicitud de prueba en los términos que contempla el artículo 11.1 LOPJ y el artículo 287 LEC. Estamos en presencia de lo que al apelante considera prueba irregular, admitida en la forma en que se ha propuesto y acordada su práctica en la forma que se ha realizado por una resolución judicial adoptada en la audiencia previa, que solo cabría impugnarla por vulnerar el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para lo que hubiera sido preciso acudir al mecanismo de impugnación prevenido en el artículo 285 del mismo texto legal, mecanismo que la apelante no utilizó cuando pudo y debió hacerlo, esto es en la audiencia previa, en consecuencia, con la denuncia tardía una vez practicada la prueba, ha quedado demostrado que la apelante ha incumplido el requisito que el último inciso del artículo 459 LEC exige para alegar en la apelación la infracción de normas o garantías procesales, esto es «acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiera tenido oportunidad procesal para ello».

QUINTO.- Resueltas todas las objeciones procesales es momento de examinar el fondo del asunto. Analizada toda la prueba documental que obra en la actuaciones, incluida la constituida por los cheques presentados en la audiencia previa en fotocopia y posteriormente originales, unidos a los folios 378 a 381 de los autos, así como el contenido de los contestaciones dadas a los oficios expedidos por el Juzgado y en cuyo diligenciado intervino la parte actora que obran incorporados a los folios 422 a 427, hemos de convenir con la juzgadora de instancia en el relato de hechos probados que contiene el Fundamento de Derecho Tercero que damos por reproducido para evitar repeticiones innecesarias, e, igualmente, con la conclusión que alcanza en el Fundamento de Derecho Cuarto declarando que la demandante tiene legitimación ad causam porque ha probado que efectivamente pagó las sumas que reclama como garante de los gastos generados en los puertos cubanos de Mariel y Nuevitás por el buque Golden Key, garantía que surge del contrato de fletamento celebrado el 2 de febrero de 2002, cuyo contrato no es radicalmente nulo porque el vicio de consentimiento que se predica, intimidación en la prestación del consentimiento por parte de la demandada y apelante, da lugar a la nulidad relativa y lo hace anulable tal y como nos enseña la doctrina jurisprudencia que establece, entre otras, la STS de 11 de mayo de 1998 al decir: «Por último, desde un punto de vista procedimental tampoco puede estimarse el motivo, pues alegado en él vicios de consentimiento que dan lugar a la nulidad relativa o anulabilidad (art. 1.301 C.c.), es decir, a la eficacia negocial hasta que la sentencia que los declara es firme, la destrucción del negocio no se logra por vía de excepción, sino accionando o reconviniendo para ello, según doctrina de esta Sala (sentencias de 25 de mayo de 1.987, 6 de octubre de 1.988 y 22 de diciembre de 1.992)». A la luz de esta doctrina es evidente que no se puede mantener la

resistencia al pago de la cantidad reclamada sobre la base de la nulidad por vicio de consentimiento del contrato de fletamento celebrado el 2 de febrero de 2002, de cuyo contrato deriva para la tan citada apelante la obligación de abonarla una vez que la actora ha probado en forma adecuada y suficiente que satisfizo los gastos que demanda a las empresas a cuyo favor se devengaron. La demandada y apelante no ha probado, en cambio, que el expresado contrato haya sido declarado nulo por resolución judicial, ni ha planteado reconvencción instando tal nulidad en este proceso en los términos que prevén los artículos 406 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil . A este respecto debe indicarse que el apartado 3 de artículo 406 prohíbe la reconvencción implícita al establecer en su último inciso, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, en las SSTS de 14 octubre 1991, 9 diciembre 1993 y 19 de noviembre de 1994 , que en ningún caso se considera formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal, siendo esto lo acontecido en el supuesto que examinamos.

SEXTO.- Por lo razonado procede desestimar el recurso de apelación condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada (artículos 398 y 394 LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de PENDULUM SHIPPING, INC. contra la sentencia dictada el veintitrés de julio de dos mil tres por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número nueve de Madrid debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Número CENDOJ: 28079370112005100547