

Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, Sentencia 18/2021 de 23 Abr. 2021, Rec. 27/2020

Ponente: Tesón Martín, Fernando.

Nº de Sentencia: 18/2021

Nº de Recurso: 27/2020

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: *ES:APCE:2021:45*

El Banco que pagó un cheque falsificado no responde de la minuta del letrado que representó al cliente en el proceso penal

Cabecera

BANCA. Pago de cheques falsificados. En la sentencia recaída en el proceso penal previo se fijó como hecho probado el importe de las cantidades ilegalmente percibidas por el acusado. De esas cantidades la actora aún no ha percibido una parte como consecuencia de haber sido declarado insolvente el acusado. Esa parte puede conceptuarse como daño derivado del indebido pago de los cheques, y ha de ser reintegrada por la entidad bancaria demandada. Sin embargo, debe excluirse de la condena la minuta del letrado por la dirección de la acusación particular en el mencionado proceso penal, ya que la personación del acreedor no podía considerarse imprescindible o necesaria dado que el Ministerio Fiscal ejercitaba las funciones que le corresponden en un proceso por delito público.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AP Cádiz revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y reduce la condena a la entidad bancaria demandada por el pago de cheques falsificados.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SECCIÓN SEXTA. CEUTA.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6CEUTA

SENTENCIA: 00018/2021

Modelo: N10250

C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 956510905 **Fax:** 956514970

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MDG

N.I.G. 51001 41 1 2017 0002085

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000027 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.6 de CEUTA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000375 /2017

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador: LUISA SORAYA TORO VILCHEZ

Abogado:

Recurrido: Ramón, COMERCIAL AL ATAR S.L.

Procurador: ANGEL RUIZ REINA, ANGEL RUIZ REINA

Abogado: MARCELINO REY BELLOT, MARCELINO REY BELLOT

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

Don Fernando Tesón Martín.

MAGISTRADOS

Doña Rosa de Castro Martín

Don Emilio Martín Salinas

En Ceuta, a veintitrés de abril de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz en Ceuta, los autos que, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de esta Ciudad, en donde se tramitaron con el nº 375/2017, penden en grado de apelación ante este Tribunal, promovidos por COMERCIAL AL ATAR, representado por el Procurador D. Ángel Ruiz Reina y defendido por el Letrado D. Marcelino Rey Bellot contra BBVA S.A. representado por la Procuradora Sra. Toro Vílchez, habiendo venido los autos originales a este Tribunal en méritos del recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. contra la sentencia pronunciada por el referido Juzgado con fecha 29 de noviembre de 2019 .

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia referida cuya parte dispositiva dice así:
FALLO:

"Que debo estimar y estimo la demanda presentada por COMERCIAL AL ATAR S.S., representada por su administrador Ramón y representada procesalmente por el Procurador Sr. Ruiz Reina, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representada por la Procuradora Sra. Toro Vílchez condenando a ésta a que abone al actor la cantidad de 17.822,17 euros más intereses legales conforme al fundamento de derecho quinto, y ello con condena asimismo al pago de las costas procesales causadas conforme al fundamento de derecho sexto".

I.- ANTECEDENTE DE HECHO

ÚNICO.- Contra la anterior sentencia se preparó e interpuso recurso de apelación por **BBVA S.A.**, admitidos en ambos efectos se tramitaron en la forma prevista en los artículos 455 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elevándose los autos originales a este Tribunal, que procedió en la forma prevista en el art. 464 de la expresada Ley, no considerándose necesaria la celebración de vista, señalándose por el Sr. Presidente, para la deliberación, votación y fallo el día 28 de abril de 2021.

Es ponente el **Ilmo. Sr. Don Fernando Tesón Martín.**

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de BBVA SA se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número seis de Ceuta, con fecha 9 de noviembre de 2019 , alegando la parte recurrente como primer motivo que la sentencia de instancia concluye

erróneamente que la intervención del Sr. Ramón lo es como mero representante de la mercantil Comercial Al Atar SL, y no con pretensiones propias distintas a la de dicha entidad.

Sostiene la apelante que así consta en el propio encabezamiento de la demanda, en el que el procurador representa a dos partes, presentándose los hechos concernientes a la persona física diferenciados de los hechos relacionados con el patrimonio de la persona jurídica, discrepando de la sentencia en cuanto hace referencia al artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues la comparecencia en juicio de los representantes de las personas jurídicas no debe ser como persona física independiente, por lo que deben estimarse las excepciones procesales planteadas en la contestación a la demanda, como defecto en el modo de proponer la demanda, al no constar con suficiente claridad la pretensión y falta de legitimación activa "ad causam" de don Ramón y por tanto la desestimación de sus pretensiones.

Como segundo motivo se alega inexistencia de incumplimiento o negligencia en la actuación de BBVA, ya que la persona que cobró los cheques era el beneficiario, don Luis Francisco, careciendo de relevancia que se comprobase con mayor o menor diligencia la identidad de su presentante, sin que exista prueba alguna de la falsedad de la firma, sin que la prueba de tal extremo fuera solicitada por la parte actora, sin que en la sentencia penal aportada se recoja que la firma estampada en los cheques fuera falsa, siendo la condena por estafa y no por falsedad.

Asimismo, y como tercer motivo se alega que el perjuicio sufrido por Comercial Al Atar SL ya fue indemnizado por el condenado penalmente Luis Francisco, constando acreditado documentalmente que en el procedimiento penal se indemnizó por importe de 70 000 €, por lo que concreta la demanda de 65 800 € fue debidamente indemnizado, errando la sentencia al condenar por importe de 10 822 €.

Como último motivo se alega la improcedencia de la condena al pago de 7 000 € de gastos de abogado en el procedimiento penal, correspondiente a unos supuestos honorarios, al no existir ninguna relación de causalidad, no constando acreditado el abono de la minuta.

La parte apelada se opone al recurso por considerar que la sentencia recurrida es ajustada a derecho.

Discrepa del primer motivo dado que la entidad actora no puede representarse por sí misma, y lo hizo a través de la llamada representación necesaria, no existiendo defecto en el modo de proponer la demanda, insistiendo en que la actuación negligente de BBVA afectó al patrimonio de la entidad actora con la detracción y minoración del saldo en cuentas mediante cargos no refutados ni

comprobados con la diligencia debida por el depositario, sin que se pueda imputar responsabilidad a la actora, que actuó con la debida diligencia tanto en la custodia bajo llave del talonario de cheques como en los avisos exigidos cuando se producen los cargos indebidos en sus cuentas, formulando la correspondiente denuncia, y puesto que la sentencia condena al señor Luis Francisco por un delito de estafa es evidente que la firma es falsa ya que el único legitimado para la firma era don Ramón, consistiendo la actuación negligente y culposa de la entidad bancaria en no supervisar la identidad ni la legitimidad de la persona que retiraba el importe, quien manifestó que era el hijo de aquél y a los empleados les fue suficiente sin verificar que no podía ser el hijo, por el apellido, ni se contrastaron las firmas de los cheques con las registradas en la cuenta, y tampoco prestaron la debida diligencia en la comprobación del cheque comprobando las irregularidades que a simple vista se detectan, como las alteraciones del importe en cifra para hacerlo coincidir con el importe en letra.

En cuanto al tercer motivo se muestra la disconformidad por cuanto en la sentencia penal se condenó a la restitución de 80 822,17 € y el condenado solo ha satisfecho la cantidad de 70 000 € restando el pago de 10 822,17 €, declarándose insolvente el condenado mediante decreto de 5 de septiembre de 2014, ascendiendo el importe de las costas a 7 000 €, sin que quepa duda alguna de que los perjuicios sufridos son consecuencia directa la actuación culposa y negligente de la entidad bancaria.

SEGUNDO.- Una vez fijados los términos del recurso, y analizadas las alegaciones de las partes, los fundamentos de la sentencia recurrida y la prueba practicada, la Sala estima que el mismo ha de prosperar.

En relación con los primeros motivos alegados a través de los cuales se pretende la estimación de dos excepciones procesales, no carece de razón la entidad recurrente en relación con el encabezamiento de la demanda, que se formula en el nombre propio de la persona física don Ramón y en nombre y representación de la mercantil Comercial Al Atar SL, lo que después se corresponde con el relato de hechos que contiene, ya que se hace referencia a una cuenta bancaria titularizada por dicha entidad en donde se dice que se cargaron indebidamente cantidades por importe total de 66 952,17 € y a otra cuenta cuyo titular es el Sr. Ramón en donde se realizaron veintidós reintegros a través de un cajero automático por importe de 13 870 €.

En relación con la indicada excepción procesal ha de tenerse en cuenta, tal como ha proclamado la jurisprudencia (Cfr. STS de 11 de febrero de 20089), que para su apreciación debe ponderarse la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, y la existencia de una real

indefensión en las partes, evitando incurrir en formalismos que perjudican los derechos y garantías procesales constitucionalmente protegidos.

En el caso, lo que ha ocurrido es que se presentó una demanda tanto por la persona física como por la entidad que representaba, pero a la postre sólo se estimaron las pretensiones deducidas por la mercantil, omitiendo cualquier pronunciamiento respecto a la persona física, lo cual si bien se corresponde con los hechos probados, dado que del montante total reclamado ya se han pagado 70 000 € en la ejecutoria correspondiente a la condena penal anterior, lo que procedía era una estimación de la demanda formulada por la entidad, y la desestimación de la correspondiente a la persona física a la que habría que considerar resarcida, dado el importe de lo defraudado a ésta (13 870 €).

Lo anterior tendría su repercusión en las costas procesales, al proceder la estimación parcial de la demanda, ante la desestimación de la deducida por el Sr. Ramón en su propio nombre, dando lugar a la imposición de las costas de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con lo anterior, no procede apreciar la existencia de falta de legitimación activa de dicha parte.

Así, el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, titulado *condición de parte procesal legítima*, dispone, en su párrafo primero, que *serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*.

La relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo y en el caso, don Ramón reclamó en su propio nombre por unos perjuicios por él sufridos en una cuenta bancaria de la que era titular y diferenciada de la cuenta correspondiente a la sociedad Comercial Al Atar SL.

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, y ciñéndonos al problema del *pago de los cheques falsificados*, dado que hemos de partir de una regla general que ha seguido acertadamente la juzgadora de instancia, y que se establece en el artículo 156 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque al señalar que *el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa*, norma que ha sido valorada positivamente por la jurisprudencia, dada su finalidad de fortalecimiento de la confianza en los instrumentos de pago

que son los cheques, basándose en un estricto régimen de responsabilidad quasi-objetivo apoyado en la doctrina del riesgo profesional por cuya virtud, en ausencia de conducta culposa por ambas partes, debe aceptarse que la creación de un riesgo lleva consigo el acarreo de la responsabilidad de aquél ya que el perjuicio de tener que pagar doblemente los cheques falsos o falsificados se corrige con el lucro que tales entidades obtienen del conjunto de operaciones que realizan.

En nuestro caso, y tras un nuevo análisis de la prueba practicada no podemos obtener una conclusión distinta a la que ha llegado la juez de primera instancia, basada tanto en las pruebas testificales como en la documental que refleja el contenido de la sentencia recaída en proceso penal el 16 de abril de 2014, en la que ya se fijó como hecho probado el importe de las cantidades ilegalmente percibidas por don Luis Francisco que hacen un total de 80 822,17 €, cantidad que se integra no sólo con el importe de los cheques objeto de manipulación, sino con otros conceptos como cargos online y extracciones de cajeros automáticos.

Dado que todos estos conceptos fueron tenidos en cuenta en la indicada sentencia penal, solo resta el pago de 10 822,17 €, que aún no ha sido percibido por la entidad actora como consecuencia de haber sido declarado insolvente el acusado en la ejecutoria penal y que puede conceptuarse como daño derivado del indebido pago de los cheques y que, por lo expuesto, habrá de afrontar su reintegro la entidad bancaria demandada, hoy apelante.

CUARTO.- Sentado lo anterior, resta por analizar el motivo del recurso referido a la condena a pagar la cantidad de 7 000 €, en concepto de minuta de letrado por la dirección de la acusación particular en el mencionado procedimiento penal.

Entendemos que una correcta interpretación del mencionado artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1107.1 del Código Civil, nos conduce a excluir del ámbito de la responsabilidad de la entidad bancaria el citado concepto indemnizatorio.

Efectivamente, señala el precepto citado que *los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.*

Excluyendo, por su obviedad, el carácter doloso de la actuación del banco, y ciñéndonos al precepto que se acaba de transcribir, vemos cómo *una actuación voluntaria del acreedor que opta por contratar un abogado para ejercitar la acusación particular en el proceso penal, y que genera un gasto que incluso se podría haber evitado, dado que la acusación pública se ejercía por el Ministerio Fiscal, de ninguna manera ha de incluirse entre los daños y perjuicios previsibles, y mucho menos*

que fuera un gasto consecuencia necesaria del actuar de los empleados del banco por no haberse cerciorado de la corrección formal de los instrumentos presentados al cobro.

Ha de tenerse en cuenta que la prueba del daño habrá de referirse no sólo a su existencia, sino a la determinación de la relación de causalidad entre el daño y el agente bajo los parámetros de la imputación objetiva, que consiste en establecer, de acuerdo con criterios de la experiencia y en base a los principios que rigen el sistema, qué daños es justo poner a cargo del agente, descartando de este modo algunos que podrían ser conectados al hecho dañoso, como ocurre, por ejemplo, con los que no sean previsibles como consecuencia normal del hecho o que, tal como aquí ha acontecido, no se deriven de él necesariamente.

Y es que en supuestos como el que nos ocupa, si bien ha de exigirse al acreedor una cierta diligencia para aminorar el daño, el mismo ha de optar por la alternativa más económica a la hora de costear la amortiguación o supresión del daño. Insistimos que la personación en un procedimiento criminal para el ejercicio de la acción penal y civil, que en ningún caso se podía considerar imprescindible o necesaria dado que el Ministerio Fiscal ejercitaba las funciones que le corresponden en un proceso por delito público, de manera que no procede imputar al deudor (en el caso, el banco) dicho gasto dado que el mismo siempre podría excepcionar que para paliar o eliminar el daño él habría elegido la opción más barata.

QUINTO. - Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso, en el sentido de desestimar la demanda que don Ramón formuló, en su propio nombre, y en cuanto a la deducida por la mercantil Comercial Al Atar SL, se impone reducir la cantidad a cuyo pago fue condenada la entidad bancaria, restándole de su importe la cantidad de 7 000 € correspondientes a los gastos de abogado del proceso penal.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 en relación con el 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las dos instancias.

SÉPTIMO.- Conforme con la disposición adicional 15ª, párrafo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la estimación del recurso de apelación impone la devolución de la totalidad del depósito constituido por el recurrente para su interposición.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA, contra la sentencia que en fecha 9 de noviembre de 2019 dictó el Juzgado de Primera Instancia

número seis de Ceuta, revocando, también parcialmente, la indicada resolución en el sentido de desestimar la pretensión formulada por don Ramón, y reducir la cantidad a la que es condenada la entidad BBVA SA a pagar a Comercial Al Atar SL, fijándola en 10.822 €, confirmándola en todo lo demás y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponerse conjuntamente con el anterior, en el plazo de 20 días desde la notificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-