



Roj: **SAP M 13734/2017 - ECLI: ES:APM:2017:13734**

Id Cendoj: **28079370192017100350**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **533/2017**

Nº de Resolución: **353/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA VICTORIA SALCEDO RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 7ª

28035

Tfno.: 914933886, 914933815-16-87

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0147508

Recurso de Apelación 533/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 899/2015

APELANTE: Dª. Paula

PROCURADOR: D. IGNACIO GÓMEZ GALLEGOS

APELADO: CAIXABANK, S.A.

PROCURADOR: D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA N° 353

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO

Dª. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

Dª. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

En Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil diecisiete.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario nº 899/2015 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante **Dª. Paula**, representada por el Procurador D. IGNACIO GÓMEZ GALLEGOS y defendida por Letrado, y de otra, como demandada-apelada **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13 de marzo de 2.017.

VISTO, siendo Magistrada Ponente **Dª. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ**.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 13 de marzo de 2.017 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"1º.- DESESTIMO la demanda formulada por la representación Dª Paula acción contra CAIXABANK S.A.

2º.- ABSUELVO a la demandada de los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO .- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO .- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 24 de los corrientes.

CUARTO .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso trae causa del procedimiento seguido por los tramites del juicio ordinario, bajo el nº 899/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, a instancia de Dª Paula contra la entidad CAIXABANK, S.A., en el que, en su condición de esposa y heredera de D. Florentino , heredero a su vez de Dª Hortensia , se ejercita acción en reclamación de cantidad ascendente a 342.611,39 euros, en concepto de principal, más intereses legales desde la reclamación extrajudicial efectuada con fecha 13 de octubre de 2006, en base al incumplimiento contractual que achaca a la entidad bancaria citada en el desarrollo de sus obligaciones derivadas de la suscripción por parte de la Sra. Hortensia de cuentas corrientes y efectos bancarios, al haber permitido la disposición de todos los saldos por parte de quien fuera su esposo D. Jaime , el día antes al fallecimiento de la misma y mientras ésta se encontraba en un estado psíquico-físico de total inconsciencia, haciendo uso de autorizaciones de reintegro falsas.

Frente a la citada pretensión, la entidad bancaria demandada se opuso a la demanda, invocando la excepción de falta de legitimación activa, por una parte, al entender que la demandante no ostenta la condición de heredera por no formar parte la cantidad reclamada del caudal relicto de la causante a la fecha de su muerte, por lo que entendía que debía accionarse primero para obtener la declaración de que esos bienes pertenecían a la causante, que los mismos se reintegren a la masa hereditaria, y después sean adicionados a la herencia y aceptados por todos los herederos, y, por otra, por accionar en nombre propio y no en beneficio de la comunidad hereditaria; señaló también que la suma reclamada era errónea por cuanto el Sr. Jaime retiró de las cuentas de la Sra. Hortensia la cantidad de 295.724,15 euros, siendo que, en todo caso, los empleados de la demandada actuaron con la diligencia debida; finalmente, y al no considerar que la demandante fuera parte en los contratos suscritos con la demandada, la reclamación entendía solo tendría fundamento en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil y el plazo para su ejercicio habría prescrito.

Seguido el procedimiento por sus trámites, el Juzgado citado dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 2017 , en la que apreciando la excepción de falta de legitimación activa, desestima la demanda y absuelve a la demandada de los pedimentos formulados contra la misma.

SEGUNDO .- Invoca la demandante en su recurso contra la sentencia antes citada: Error en la calificación jurídica de los hechos, error en la apreciación de la prueba, reconocimiento extraprocesal y preprocesal de la legitimación activa por parte de la demandada, considera también que al menos la sentencia debería haber estimado parcialmente su pretensión en una tercera parte, señalando en cuanto al fondo del asunto que de la prueba practicada ha quedado acreditado la más absoluta falta de diligencia de la entidad bancaria demandada.

La demandada se ha opuesto al recurso, solicitando su desestimación y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

Examinadas las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos de recurso y oposición al mismo, así como las conclusiones expuestas en la sentencia que se combate, la Sala considera con la recurrente, que contrariamente a lo acordado en la instancia, la demandante está perfectamente legitimada para el ejercicio de la acción entablada; que no es o no debe ser, como pretende la entidad bancaria, una acción reivindicatoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil , o de adición de herencia, ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.079 del citado texto legal , pues si fuera la primera debería ejercitarse por quien fuera propietario de lo reclamado y habría de interponerse frente al tenedor de la cosa y si fuera de adición debería



entablarse contra el resto de herederos; en el presente caso, lo que se ejercita es una acción de responsabilidad contractual en virtud de la cual se pretende que se declare el incumplimiento de la demandada, en cuanto entidad bancaria a la que la causante le había encomendado el depósito o custodia de numerario o valores, y la condena a resarcir los perjuicios por tal incumplimiento, coincidente con el importe que de forma indebida fue dispuesto de las cuentas de la Sra. Hortensia por parte de su entonces esposo un día antes del fallecimiento de ésta y sin su autorización.

No cabe duda, que de no haber fallecido la titular de las cuentas a las que luego nos referiremos, sería ésta la que tendría legitimación para entablar la acción de responsabilidad que se ejercita, pero dado su fallecimiento, corresponde a sus herederos la legitimación para hacerlo, pues así lo establece el artículo 659 del Código Civil, cuando señala que *"La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte"* y el 661 del mismo texto legal, que dispone *"Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones"*.

En el presente caso, la reclamante, resulta ser heredera de D. Florentino, esto es, uno de los tres herederos designados por D^a Hortensia en su testamento, otorgado el día 10 de octubre de 1996 (documento nº 2 de la demanda), por lo que su legitimación no puede ponerse en duda. Invocaba la demandada y acoge la sentencia, que la reclamante no puede arrogarse la facultad de reclamar para sí de forma íntegra la indemnización que se pretende, por comprender la totalidad de los saldos que se dicen indebidamente dispuestos, siendo la precisión efectuada al respecto en el acto de la audiencia previa, en donde manifestó que actuaba en beneficio de la comunidad hereditaria, una modificación inadmisibles, conforme dispone el artículo 412 de la Ley Procesal Civil.

Señala el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 3 de marzo de 1998: *"El motivo segundo del recurso --al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del art. 394 del Código Civil y del art. 533.3 de la Ley Rituaria con mención a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto que, según acusa, el actor ha accionado en calidad de condómino en reclamación de daños y perjuicios y solicita la condena de una determinada cantidad a su favor, pero no lo hace en nombre y representación de su esposa, ni en beneficio de la comunidad propietaria de las fincas--, se desestima porque esta Sala tiene declarado, aparte de otras, en sentencias de 14 de mayo de 1985, 21 de junio de 1989, 28 de octubre de 1991 y 8 de abril de 1992, que la legitimación activa del comunero se determinará por su fundamento en el derecho material y el resultado provechoso pretendido, sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad, de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, redundará en provecho de la comunidad y siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor"*.

Atendiendo a la doctrina expuesta, no puede privarse a la demandante de su derecho a formular la reclamación entablada. Pese a que en la demanda no manifestó actuar en beneficio de la comunidad hereditaria tantas veces citada, es lo cierto que manifestó hacerlo en ejercicio de las acciones que habrían correspondido a su fallecido esposo, el cual sería acreedor de la indemnización que pudiera ser concedida junto con los otros dos herederos, en concreto D. Severino y D. Victoriano; además, en el acto de la audiencia previa, precisó, a la vista de lo argumentado al respecto en el escrito de contestación, que actuaba no en beneficio propio sino en beneficio de la comunidad, y los dos herederos citados, han mantenido en el seno del presente procedimiento su conocimiento del mismo y su consentimiento, entendiéndose que la reclamación se efectuaba en beneficio de la comunidad, a la que sin duda le será de provecho de estimarse la demanda. Ha de tenerse en cuenta también que la ahora demandada no puede desconocer que, de forma extrajudicial, el Letrado de la ahora demandante le dirigió hasta en cuatro ocasiones misivas en reclamación de la responsabilidad civil en que entendía había incurrido la entidad bancaria, haciéndolo siempre en calidad de abogado de todos los herederos legales de quien fuera su cliente, la Sra. Hortensia (documentos nº 24, 26, 27 y 28 de la demanda).

TERCERO .- Entrando ya en la cuestión de fondo que se debate en el recurso, en relación con la existencia o no de falta de diligencia en el actuar de la demandada en torno a las cuentas y valores depositados en la entidad por la causante, hemos de partir de lo que al respecto del contrato de cuenta corriente establece el Tribunal Supremo, Sala Primera, que en la Sentencia nº 245/2006 de 9 marzo 2006, dice *"Sobre el contrato de cuenta corriente es interesante recordar la jurisprudencia de esta Sala. Dice la sentencia de 19 de diciembre de 1995: "...es en el Derecho español una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado "Servicio de Caja", encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista"*.

Y dijo la de 15 de julio de 1993: "Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a



favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene..." y añade: "el Banco en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente, con sus abonos y cargos".

A su vez, dijo la sentencia de 25 de julio de 1991, en relación a la entidad bancaria demandada en aquel supuesto: "estaba obligado a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia; valoración negativa de la conducta del banco recurrente, que extensamente se describe en los cuatro apartados que recoge el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y que aquí se dan por reproducidos. La obligación de conservación y devolución que, tanto el Código Mercantil como el civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable".

Más recientemente, la sentencia de 23 de noviembre de 2000 desestima la demanda interpuesta contra una entidad bancaria, porque "...han declarado acreditado que los movimientos bancarios han sido ordenados por las personas que estaban autorizadas para disponer de la cuenta corriente y de la libreta de ahorro de la entidad demandante en la instancia y recurrente en casación". Y la de 7 de febrero de 2003, recogiendo la doctrina expresada anteriormente por la de 5 de julio de 1999 manifestó que las cuentas corrientes "expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuran como titulares de las mismas contra el Banco que los retiene y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos".

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con cuatro cuentas corrientes y una cuenta de valores aperturadas en la entidad La Caixa exclusivamente por D^a Hortensia, en las que tampoco aparecía autorizada persona alguna para disponer o gestionar las mismas; tampoco su esposo D. Gumersindo. Y nos encontramos también con una relación de los citados esposos con la entidad ahora demandada de varios años (16 años aproximadamente, dice la empleada y subdirectora de la entidad D^a Rebeca en la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sabadell en las Diligencias Previas nº 2218/05, y cuya copia obra en las presentes actuaciones a los folios 164 y 165), lo que autoriza a pensar que cualquier persona que atendiera a los esposos debía saber que tenían cuentas separadas y al menos D^a Hortensia no tenía autorizado en las suyas a quien era su esposo. No obstante lo cual, D. Gumersindo compareció en la sucursal bancaria de La Caixa, sita en Cinturó Rambla de Sabadell en enero de 2002, para obtener unos impresos de autorización para disponer de las cuentas abiertas a nombre de su esposa, siéndoles entregados y reportando, posteriormente, los mismos ya firmados por la titular de las cuentas (hecho que luego ha resultado no ser cierto, habida cuenta de las conclusiones obtenidas por el Informe pericial de grafística efectuado en el seno del procedimiento penal antes citado por la Brigada Local de Policía Científica, en virtud de los cuales se constata que las firmas estampadas como por D^a Hortensia son falsas). Pues bien, la citada subdirectora que atendió al Sr. Jaime, no puso reparo alguno en tramitar las órdenes o autorizaciones para reintegros, pese a no tener a la vista a la firmante de las citadas autorizaciones y conocer que la misma, en cuanto titular de las cuentas, se encontraba enferma y hospitalizada; no solo eso sino que ayudó al solicitante de tales disposiciones a rellenar los impresos, cuando en estos consta una advertencia que pone en relación la validez de los mismos con que sean suscritos y firmados por la propia titular.

Es cierto que la citada testigo en el procedimiento penal puso de manifiesto que comprobó visualmente las firmas de la titular de las cuentas y vio que eran como la de la Sra. Hortensia y también lo es que para llegar a determinar su falsedad han sido necesarios medios técnicos de los que en ese momento carecía el banco y que, en cualquier caso, no le son exigibles en el desarrollo cotidiano de su actividad, pero lo que también es cierto es que a la entidad bancaria se le exige una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones a las que viene comprometida con motivo de los depósitos que le son confiados y que, en el caso que nos ocupa, no cabe duda que no actuó correctamente; sabedora de esa falta de titularidad de los depósitos por parte del disponente y sabedora también de esa falta de autorización general por parte de su titular hacía su esposo, debió desconfiar de que con una sola visita al banco (precisamente el día antes de su fallecimiento, aunque esto evidentemente nadie en el banco habría de sospecharlo), el Sr. Jaime vaciara íntegramente las cuentas de su esposa, ingresando el contenido de las mismas en otras de su exclusiva titularidad.

No podría haberse puesto freno por parte del banco a que el Sr. Jaime, como esposo de una cliente del banco y cliente también, y con motivo de la enfermedad de su esposa e imposibilitada para acudir a la oficina bancaria, realizara, autorizado por ésta, alguna operación de caja puntual, para atender gastos concretos de la vida cotidiana; ello debería haberse aceptado por estar dentro de los usos normales del tráfico mercantil, sin embargo, en el caso que nos ocupa, las autorizaciones de las que hizo uso el Sr. Jaime tendieron y de hecho lo consiguieron a despatrimonializar a la Sra. Hortensia. Es más, de la documentación obrante en las actuaciones se desprende que si bien la entidad bancaria obtuvo una autorización de las que se dicen firmadas por la causante para traspasar lo obtenido con la venta de los valores -cédulas hipotecarias- depositados en la



entidad a una cuenta de su titularidad exclusiva, no dispuso de una autorización de venta de los citados títulos suscrita por la titular, lo que viene a corroborar la irregularidad de la actuación del banco ahora demandado, por lo que el recurso debe prosperar, aunque evidentemente en la cantidad exacta de la que dispuso el Sr. Jaime de forma indebida y la entidad bancaria permitió los traspasos, que fue la de **295.724,40 euros**, que comprende la cantidad de **13.066,19 euros** que se extrajeron de la c/c nº NUM000, según consta en los documentos nº 40 y 41 de la demanda y nº 4 de la contestación; la cantidad de **36.243,25 euros** procedentes de la venta de cédulas hipotecarias correspondiente al contrato NUM001 y cuyo importe fue transferido a la cuenta antes citada (terminada en 8380) a través de la cual se hizo el traspaso de fondos a favor del disponente (documentos nº 37, 38 y 39 de la demanda); la cantidad de **180.303,63 euros** que se transfirieron desde la c/c nº NUM002 (documentos nº 46, 47 de la demanda y nº 6 de la contestación) y la cantidad de **66.111,33 euros** procedentes de la c/c nº NUM003 (documentos nº 42, 43 y 45 de la demanda y nº 7 de la contestación); todo ello con los intereses legales que correspondan a computar desde el 13 de octubre de 2006, fecha de la reclamación extrajudicial.

CUARTO .- Estimado en parte el recurso de apelación interpuesto y, por tanto, también en parte la demanda, procede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas tanto en la instancia como en esta alzada.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante D^a Paula contra la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2017 recaída en los autos de juicio ordinario, seguidos bajo el nº 899/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid y, en consecuencia, debemos REVOCAR la citada resolución, para dictar otra con el siguiente pronunciamiento:

"Estimando parcialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de D^a Paula contra **CAIXABANK, S.A.** debemos condenar y condenamos a ésta a abonar a la actora la cantidad DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (295.724,40 euros) e intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial, el 13 de octubre de 2006, sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en ambas instancias".

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2837-0000-00-0533-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la Sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

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

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