



Roj: **SAP LE 244/2018 - ECLI:ES:APLE:2018:244**

Id Cendoj: **24089370022018100051**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **28/02/2018**

Nº de Recurso: **453/2017**

Nº de Resolución: **59/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PABLO ARRAIZA JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00059/2018

Modelo: N10250

C., EL CID, 20

Tfno.: 987233159 Fax: 987/232657

Equipo/usuario: APS

N.I.G. 24115 41 1 2016 0003376

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000453 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de PONFERRADA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000384 /2016

Recurrente: Petra

Procurador: ANTOLINA HERNANDEZ MARTINEZ

Abogado:

Recurrido: Alexis , Enrique , Leopoldo , Víctor , Celestina , Martina

Procurador: MARIA ISABEL MACIAS AMIGO, MARIA ISABEL MACIAS AMIGO , MARIA ISABEL MACIAS AMIGO ,
MARIA ISABEL MACIAS AMIGO , MARIA ISABEL MACIAS AMIGO , MARIA ISABEL MACIAS AMIGO

Abogado: APOLINAR GOMEZ ROCA, APOLINAR GOMEZ ROCA , APOLINAR GOMEZ ROCA , APOLINAR GOMEZ
ROCA , APOLINAR GOMEZ ROCA , APOLINAR GOMEZ ROCA

SENTENCIA Nº. 59/18

ILMOS. SRES.:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.-Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.-Magistrado.

D. PABLO ARRAIZA JIMÉNEZ- Magistrado.

En León, a veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.

VISTO S en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de León, los autos de Procedimiento Ordinario nº 384/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponferrada, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) nº 453/2017, en los que aparecen como parte apelante Dña. **Petra** , representada por la Procuradora Dña. Antolina Hernández Martínez, y asistida por el



Abogado D. Julio Perales Vitoria; y como parte apelada **D. Alexis , D. Enrique , D. Leopoldo , D. Víctor , Dña. Celestina y Dña. Martina** , representados por la Procuradora Dña. Isabel Macías Amigo, y asistidos por el Letrado D. Apolinar Gómez Roca, sobre contrato de mandato, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D . **PABLO ARRAIZA JIMÉNEZ** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 27 de junio de 2017 , cuya parte dispositiva, literalmente copiada, dice así: "Estimo sustancialmente la demanda formulada por la representación de D. Alexis , D. Enrique , D. Leopoldo , D.ª Martina , quienes actúan en su nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de D.ª Gabriela , que conforman junto con los demás herederos (D. Héctor , y D.ª Zulima), y declaro que la propiedad del dinero de las cuentas relatadas en el hecho segundo y tercero de la demanda corresponde a la finada D.ª Gabriela (y en el día de hoy a su comunidad hereditaria). Igualmente declaro que la existencia de un contrato de mandato entre la demandada y la finada en la gestión de las citadas cuentas.

Así mismo condeno a la demandada a devolver a la masa hereditaria de la finada D.ª Gabriela , en beneficio de la que se actúa y de la que forman parte los actores, la cantidad de 175.266,64 euros incrementada con los intereses legales devengados por las diversas disposiciones efectuadas por la demandada en las cuentas del Banco Popular, todo ello con expresa imposición de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso por Zulima recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contraparte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación el pasado día 8/02/18.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante ejercitaba una acción en beneficio de la comunidad hereditaria de Gabriela , en reclamación de responsabilidad de mandatario. En concreto, se demandaba a la hermana de la fallecida, quien fue declarada en rebeldía por no haber resultado posible su localización. La sentencia estima la demanda, por considerar que la demandada era mandataria de su hermana, al figurar como cotitular de dos cuentas bancarias de aquella. Así, expresa que "Entre la finada y la demanda existía una situación de mandato, ya que la misma gestionaba sus cuentas, pues según resulta del oficio al Banco Popular, y según ha declarado el testigo Jose Luis (a la sazón director de la entidad durante los periodos de las extracciones cuestionadas) la demandada realizaba la gestiones personalmente en lo relativo a las extracciones de dinero". Y la sentencia considera acreditado que la demandada se ha extralimitado en sus funciones, al haber hecho disposiciones a su favor por importe de 175.266,64 euros.

La recurrente articula el recurso sobre los siguientes argumentos:

-En primer lugar, insta declaración de nulidad de actuaciones por no haberse agotado las posibilidades de su emplazamiento. Denuncia que la primera citación se remitió a un domicilio en Francia que no se corresponde con el suyo, por carta, sin que conste el resultado. Y que en su segunda residencia en Alicante sólo estaba ocasionalmente, cuando visitaba a la fallecida, copropietaria de la vivienda y que residía allí.

-De forma subsidiaria, niega su condición de mandataria de la causante, y afirma que esta le donó las sumas retiradas como compensación por los gastos comunes que había asumido ella. Y en todo caso, sostiene que la autorización no contempla límites, por lo que no pueden considerarse que estos se hayan extralimitado, y que la finada las conocía y aceptaba.

-Finalmente, impugna la condena en costas, pues para que proceda una estimación sustancial es preciso que la cuantificación de la suma reclamada sea dificultosa.

Por su parte, los apelados sostienen en primer lugar la existencia de un defecto en el modo de formular el recurso de acuerdo con el artículo 459 de la LEC , por falta de cita de las disposiciones legales supuestamente infringidas. Y de forma subsidiaria, mantienen la regularidad del emplazamiento de la demandada y la adecuación a derecho de la sentencia impugnada en cuanto al fondo, al haber quedado acreditada la condición de mandataria de la demandada y el uso abusivo de dicha condición mediante la retirada de los fondos a cuyo reintegro viene condenada en la sentencia.

SEGUNDO.- No puede apreciarse la concurrencia del defecto del recurso invocada en el escrito de oposición al amparo del artículo 459 de la LEC , por falta de cita de las disposiciones legales supuestamente infringidas. En



efecto, dispone el precepto que "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida". No obstante, el recurso de apelación sí contiene referencia a las normas reguladoras del primer emplazamiento de los demandados, mediante la transcripción de resoluciones judiciales del Tribunal Supremo y de esta Audiencia Provincial en las que se hace cita y exégesis de tales preceptos. Y en todo caso, de un lado dicha norma debe interpretarse de manera conjunta con el deber de conocimiento por los Tribunales de las normas legales que dimana de los artículos 218.1 y 281.2 de la LEC . Y de otro lado, de acuerdo con el artículo 227.2 de la LEC la nulidad de actuaciones es apreciable de oficio.

TERCERO.- Debe estimarse la petición formulada con carácter principal en el recurso relativa a la declaración de nulidad de las actuaciones procesales de conformidad con el artículo 225.3º de la LEC . En efecto, dispone el artículo 227.1 de dicho cuerpo legal que "La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate".

Y en el supuesto de autos la concurrencia de la causa de nulidad invocada resulta incuestionable. De hecho, la propia parte apelada trató de impedirla sin éxito, pues a la vista de la falta de constancia del resultado del primer intento de emplazamiento a través de comunicación postal, sin constancia de su resultado, en fecha 4 de noviembre de 2016 presentaba escrito en el que solicitaba del juzgado la reiteración del emplazamiento en el mismo domicilio en Francia al que fue dirigida la comunicación postal, en el que resultaba previsible la localización de la demandada, al haber regresado del período vacacional en Alicante. De hecho, el poder aportado con la personación de la demandada refleja precisamente aquel domicilio.

No obstante, mediante diligencia de ordenación de 9 de noviembre de 2016 se rechazaba aquella petición, y se acordaba intentar el emplazamiento en el domicilio vacacional de la demandada, mas como era de prever, sin éxito, pues mediante diligencia negativa de 25 de noviembre de 2016 se expresa que la demandada no reside en Alicante, sino en Francia, y que " *vienen por la vivienda cada mucho tiempo* ". Finalmente, en fecha 21 de julio de 2017 se intenta la notificación de la sentencia mediante nueva comunicación postal dirigida al domicilio sito en Alicante, en el que pese a no ser hallada se deja aviso a la demandada, quien se personaba en el procedimiento en fecha 12 de septiembre de 2017.

Las anteriores actuaciones vulneran la normativa procesal sobre los actos de comunicación relativos al primer emplazamiento del demandado contenida en los artículos 155 y siguientes de la LEC . En efecto, el primero expresa en su apartado 4 que "Si las partes no estuviesen representadas por procurador, las comunicaciones efectuadas en cualquiera de los lugares previstos en el apartado anterior, que se hayan designado como domicilios, surtirán plenos efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario". No obstante, añade el precepto, "si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a lo dispuesto en el artículo 158", en cuya virtud "Cuando, en los casos del apartado 1 del artículo 155, no pudiera acreditarse que el destinatario ha recibido una comunicación que tenga por finalidad la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales, se procederá a su entrega en la forma establecida en el artículo 161", que a su vez dispone que "La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada, sin perjuicio de lo previsto en el ámbito de la ejecución. La entrega se documentará por medio de diligencia que será firmada por el funcionario o Procurador que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar".

Es decir, que si bien el primer emplazamiento del demandado puede hacerse facultativamente mediante correo postal sin diligencia de notificación intervenida por funcionario judicial, su validez viene condicionada al éxito del intento, mediante constancia de la entrega en el acuse de recibo, pues en otro caso el emplazamiento debe hacerse mediante diligencia. No obstante, en lugar de llevar a cabo esta en el domicilio señalado de la demandada, a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional previstos en el Reglamento (CE) nº **1393/2007** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»), con el fin de diligenciar en debida forma el intento de emplazamiento de la demandada, el Juzgado optó por llevar a cabo un segundo intento en un domicilio en el que no resultaba previsible localizar a aquella, y consideró suficientes las actuaciones llevadas a cabo para proceder a la comunicación edictal.



No obstante, el artículo 164 de la LEC establece que "Cuando, practicadas en su caso las averiguaciones a que se refiere el artículo 156, no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallársele ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, conforme a lo establecido en los artículos anteriores,...el secretario judicial, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios de la oficina judicial". Y no puede considerarse ni que no pudiera conocerse el domicilio de la demandada ni que no pudiera ser hallada en el mismo, pues la propia parte actora solicitó que se reiterara el intento de emplazamiento fracasado a causa de una circunstancia constatada, cual es la residencia estival de la demandada en Alicante, y en lugar de accederse a ello, se intenta en un domicilio en el que, por razón de la época del año y las circunstancias relatadas por la actora, es conocido de antemano que el emplazamiento no va a poder tener lugar.

Sobre la validez del primer emplazamiento a través de correo postal, esta Sección refería en su sentencia de 22 de diciembre de 2011 que "hemos afirmado que la validez constitucional de este cauce exige que se hayan agotado previamente otras modalidades que aseguran en mayor medida la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, lo que implica un especial deber de diligencia del órgano judicial en la realización de los actos de comunicación (entre otras, SSTC 6/2003, de 20 de enero, FJ 4 ; 55/2003, de 24 de marzo , FJ 2 ; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2 ; y 191/2003, de 27 de octubre , FJ 3). Por tanto hemos considerado que, cuando conste en las actuaciones un domicilio del demandado que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el mismo, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (SSTC 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2 y 191/2003, de 27 de octubre , FJ 3). Sin que ello signifique exigir al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora, lo que llevaría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4 ; 34/2001, de 12 de febrero, FJ 2 y 55/2003, de 24 de marzo , FJ 2)".

Y la infracción procesal antes descrita ha generado de manera incuestionable la indefensión de la demandada, pues le ha privado de la posibilidad de contestar a la demanda y oponerse a la misma. Al respecto, no podemos compartir el argumento esgrimido por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso, conforme al cual la controversia suscitada en el litigio es de orden exclusivamente jurídico, pues buena parte de los pronunciamientos contenidos en la sentencia parten de la premisa fáctica de la acreditación de los términos y límites de la autorización de disponer conferida a la demandada, así como del destino de las sumas dispuestas, que se sustentan en la falta de actividad probatoria por parte de aquella, que no ha podido llevar a cabo al no haberse llevado a cabo su emplazamiento en legal forma, por lo que no cabe sino declarar la nulidad de las actuaciones derivadas del emplazamiento edictal acordado mediante diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2016, de forma que deberán retrotraerse las actuaciones con el fin de proceder al emplazamiento en forma de la apelante, y verificado que sea el trámite, convocar a las partes a audiencia previa.

CUARTO.- Por lo que se refiere a las costas procesales, no resulta procedente su imposición expresa a ninguna de las partes (art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC).

VISTO S los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, **estimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Antolina Hernández Martínez, en nombre y representación de Dña. Petra , contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponferrada, en fecha 27 de junio de 2017 , en los autos de Juicio Ordinario nº 384/2016 de dicho Juzgado, que fueron elevados a esta Audiencia Provincial el 27 de octubre siguiente, la revocamos y en su lugar **DECLARAMOS LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES** derivadas del emplazamiento edictal acordado mediante diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2016, de forma que deberán retrotraerse aquellas con el fin de proceder al emplazamiento en forma de la apelante, y verificado que sea el trámite, convocar a las partes a audiencia previa.

Todo ello sin hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas procesales de la presente alzada.

Se acuerda devolver a la apelante la totalidad del depósito constituido para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

Contr a esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.



Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ